
3 1761 06763092 1

KRITISCHE STUDIEN

ZUR

THEORIE DER RECHTSQUELLEN

IM

ZEITALTER DER KLASSISCHEN JURISTEN

VON

DR. MORIZ WLASSAK,

PROFESSOR DES RÖMISCHEN RECHTES AN DER UNIVERSITÄT GRAZ



GRAZ

LEUSCHNER & LUBENSKY

K. K. UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.

1884.



BUCHDRUCKEREI STYRIA IN GRAZ.

VORWORT.

Die Kritik, welche in diesem Buche geübt wird, betrifft hauptsächlich die nach Puchta veröffentlichten Darstellungen der römischen Quellengeschichte, zum Theil wendet sie sich gegen die Lehre der klassischen Juristen selbst. Monographische Untersuchungen aus neuerer Zeit über die hier behandelten Fragen fehlen gänzlich; besprochen sind dieselben nur in ausführlicheren Lehrbüchern, welche ihres Stoffreichthums wegen selten gewissenhafte Kritiker finden. Daraus mag es sich erklären, wieso Manches allgemein angenommen werden konnte, was sich bei näherer Betrachtung nicht als stichhältig erweist. Diese Wahrnehmung war es auch, welche mich veranlasst hat, die vorliegende Arbeit zu vollenden, ehe ich an die genauere Ausführung der in den ersten Paragraphen von »Edict und Klageform« skizzirten Gedanken herantreten mochte. Es war mir Bedürfniss, zuvor über einige allgemeinere Fragen Klarheit zu gewinnen, insbesondere da und dort einen Stein des Anstosses aus dem Wege zu räumen, der mich später im Fortschreiten gehindert hätte.

Unter dem Titel »Kritische Studien« sind zwei mit besonderen Ueberschriften versehene Abhandlungen vereinigt. Dennoch wird — wie ich hoffe — der Leser nicht den Eindruck eines blossen Nebeneinander empfangen. Mir selbst wenigstens schienen die Erörterungen über den »Rechtsdualismus«, welche ursprünglich allein veröffentlicht werden sollten, dringend einer Ergänzung zu bedürfen, und ich entschloss mich daher nachträglich Einiges über das »Constitutionenrecht« beizufügen.

Die erste Abhandlung, für welche mir das Material seit Jahren gesammelt vorlag, war bereits im vorigen Herbste fertig. Aus diesem Grunde hat das mit Recht Aufsehen erregende Buch von A. S. Schultze, welches mir um dieselbe Zeit zukam, nur mehr in Anmerkungen einige Berücksichtigung gefunden. Hätte ich es früher gekannt, so wäre wahrscheinlich an manchen Stellen die Untersuchung mit einer eingehenden Polemik gegen den Verfasser von »Privatrecht und Process« eingeleitet worden.

Die zweite Abhandlung fasst eine Frage an, deren Erörterung eigentlich erst Mommsens Untersuchungen auf dem Gebiete des Staatsrechtes der Kaiserzeit ermöglicht haben. Wie unfertig Dasjenige ist, was die »Kritischen Studien« darüber enthalten, kann Niemand besser fühlen als ich selbst. Auch wäre es mir vielleicht gelungen, die Sache um ein beträchtliches Stück weiter

zu fördern, wenn ich dem Gegenstand mehr Zeit hätte widmen wollen. Vor die Wahl gestellt, entweder dem mir unvermutet aufgedrängten Thema ganz auszuweichen, oder dasselbe beharrlich zu verfolgen und — was damit notwendig verbunden war — längst vorbereitete Arbeiten abermals für geraume Zeit bei Seite zu schieben, habe ich schliesslich einen Mittelweg eingeschlagen und die Aufgabe zu bewältigen gesucht, so weit dies ohne genauere Vorstudien möglich schien.

Die Geschichte der römischen Rechtsquellen (insbesondere der Kaiserperiode), deren Pflege fast ausschliesslich in den Händen der Civilisten liegt, wird leider in neuerer Zeit mehr als billig vernachlässigt. Ein wenig mag dieser Stillstand der wissenschaftlichen Forschung mitverursacht sein durch Puchtas heute noch unübertroffenes Meisterwerk, welches den Eindruck macht, als ob des Unsicheren und Zweifelhaften nicht viel mehr vorhanden wäre. Meine Abhandlung über das Constitutionenrecht hätte ihren Zweck vollkommen erfüllt, wenn sie Andere zu tieferen Forschungen anregen und die Erkenntniss fördern würde, wie grosse Lücken unser Wissen auf diesem Gebiete noch aufzuweisen hat.

Sollten übrigens die Nachrichten Glauben verdienen, welche kürzlich in die Oeffentlichkeit drangen über den im Oesterreichischen Museum zu Wien verwahrten Papyrusschatz, dann ist vielleicht die Erwartung nicht ganz

unberechtigt, dass uns demnächst neue Quellen zugänglich sein werden, welche Licht verbreiten könnten über manche in diesen Blättern besprochene Dinge, die wir gegenwärtig noch aufzuklären ausser Stande sind.

Graz im Mai 1884.

Der Verfasser.

INHALT.

I. Der Rechtsdualismus in der Kaiserzeit (S. 1—96).

§ 1. Das Quellenmaterial.

Ius civile — ius praetorium auf dem Gebiete der Actionen — Exceptionen — des Statusrechtes — der dinglichen Rechte — der Obligationen — des Vormundschaftsrechtes — des Erbrechts — Successio civilis u. honoraria. (S. 1—11).

§ 2. Ius civile — ius honorarium vor und nach dem Hadrianischen Senatusconsult.

Die Geltung des ius praetorium örtlich und zeitlich beschränkt — Bedeutung des Hadrianischen Senatusconsults — Ius civile und praetorium in nachklassischer Zeit. (S. 12—17).

§ 3. „Praetorisch", „honorarisch" in den Quellen und in der modernen Literatur.

Das secundär-praetorische Recht — »Praetorisch« in formalem Sinne — Missbrauch des Ausdrucks Seitens der Neueren — Sprachgebrauch der Quellen — Varro de lingua lat. VI c. 7 — *Pignus praetorium* — *Stipulationes praetoriae* — *Tutor praetorius* — »Honorarisch« in den Quellen — *Curator honorarius*. (S. 18—34).

§ 4. Alles römische Privatrecht entweder civil oder honorarisch.

Die Eintheilung ist erschöpfend auch noch in der Kaiserzeit — Rudorffs Dreitheilung — Wider Bekkers actiones civiles honorariaeque. (S. 35—42).

§ 5. Ius utrumque und ius naturale.

Obligatio civilis, honoraria, naturalis — Zurückführung der Naturalobligationen auf ius naturale — Ius naturale kein Recht — Auch das Recht der Naturalobligationen entweder civil oder praetorisch. (S. 35—50).

§ 6. Das sog. ius extraordinarium.

Rudorffs Begriff — Kuntzes Theorie — Kritik der »Trias« vom logischen Standpunkt — Kuntzes Dreitheilung sachlich unrichtig — Rudorffs und Kuntzes Beweismaterial — Ius extraordinarium, ius novum, Papiniansmasse — »Ius extraordinarium« in den Quellen — L. 5 C. de priv. fisci (7, 73) — L. 178 § 2. 3 D. de V. S. (50, 16) — L. 10 D. eod. — Bedeutung der Ulpian'schen Unterscheidung von actio civilis, honoraria, extraordinaria — L. 7 D. de lege Corn. de fals. (48, 10) — § 3 J. de test. ord. (2, 10) — *ius ordinarium* — *extra ordinem* in processualer Bedeutung — *extra ordinem* = ausserordentlich — L. 17 D. de R. C. (12, 1) — *extra ordinem* auf dem Gebiete des Staatsrechtes — *extra ordinem* = ausser der Reihe — Anhänger der Rudorff'schen Lehre — Resultat der Kritik. (S. 51—96).

II. Die Senatsgesetzgebung und das Constitutionenrecht (S. 97—192).

§ 7. Die Senatusconsulte der Kaiserzeit.

Senatusconsultum legis vicem optinet — Der Senat schafft regelmässig Civilrecht — Beispiele — Das S. C. Trebellianum — Wann erhielt der Senat gesetzgebende Gewalt? — Gai. I. 4 — Ulp. l. 9 D. de leg. (1, 3) — Zur Vertheidigung des Gaius. (S. 97—105).

§ 8. Ius civile aus Constitutionen.

Ius praetorium vom Princeps gesetzt — Beispiele — Pomponius, Gaius, Papinian, Ulpian über die Rechtskraft der Constitutionen — *edicta decreta principum* in den Edicten der Praetoren — Savigny über Decrete und Rescripte — L. 1 § 14 D. ad leg. Falc. (35, 2) — Hereditas ex constitutionibus nach Gaius — Nachweis verschiedener Fälle civilen Intestat- und Testamentserbrechts auf Grund von Kaisererlassen — Ist l. 2 pr. D. fam. erc. (10, 2) interpolirt? — Civilklagen ex constitutionibus — Formelfassung der unständigen von den Kaisern gewährten Klagen. (S. 106—132).

§ 9. Die Ansichten der Neueren über das Constitutionenrecht. — Decrete, Rescripte, Edicte, Mandate.

Herrschende Lehre bis auf Mommsen — Ist zwischen den verschiedenen Arten der Constitutionen zu unterscheiden? — *decretum* in

zweifacher Bedeutung — Wesen der Edicte — Oeffentliche Bekanntmachung der Kaisererlasse? — Gehören die Mandate zu den Constitutionen? — Mandate und Rescripte neben einander, erstere für die Provinzen bestimmt — Auslegung der l. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1) — L. 2 D. eod. — Savigny über die Kaiseredicte — Böcking — Mühlenbruch — Mommsen. (S. 133—152).

§ 10. Der Princeps als Interpret der Gesetze — Das Constitutionenrecht ein ius honorarium des Reiches.

Der Princeps berufen nicht zur Gesetzgebung, sondern zur Gesetzanwendung — Dig. I. 3 de leg. — L. 12 pr. § 1 C. de leg. (1, 4) — Controverse über die Grenzen der kaiserlichen Interpretationsbefugniss — Der Princeps steht unter dem Gesetz — Beispiele kaiserlicher Gesetzauslegung — Das »legislatorische Verfügungsrecht« des Princeps — Das Recht der Fideicommisse in seinen Anfängen — § 1 J. de fid. her. (2, 23) — Sueton Claud. c. 23 — Die *concessio temporalis* in l. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1) — Leges datae und Constitutionen — Bestätigung von Kaisererlassen durch Senatusconsulte — Vopiscus Prob. c. 13. (S. 153—174).

§ 11. Das Bestallungsgesetz — Erklärung der klassischen Theorie über die Natur des Constitutionenrechtes.

Pomponius, Gaius und Ulpian stützen die Rechtskraft der Kaisererlasse auf die Lex de imperio — Gai. I. 5 — Ulp. l. 1 pr. § 1 D. de const. (1, 4) — Marcian l. 14 D. de cond. inst. (28, 7) — Die Lex de imperio Z. 17—21, 29—32 — Gegen Mommsens Auffassung der klassischen Theorie — Ius civile aus der kaiserlichen Interpretation — Das ius respondendi der Juristen — Nach der Ansicht der Klassiker ist alles Constitutionenrecht ius civile — Rechtfertigung dieser Lehre — Galt auch das Fideicommissrecht als ius civile? (S. 175—192).

Quellenregister. (S. 193—201).

I.

Der Rechtsdualismus in der Kaiserzeit.

§ 1. Das Quellenmaterial.

Von den mannigfachen Gegensätzen, welche nach und neben einander die Entwickelung des römischen Rechtes beherrscht haben, begegnet bei den alten Schriftstellern wie in Kaisergesetzen keiner häufiger als der zwischen ius civile und ius praetorium oder honorarium. Ueber den Grund dieser Unterscheidung und ihre Bedeutung für das Recht der Republik und des Principats bis auf Hadrian ist die heutige Wissenschaft so ziemlich einig. Was Puchta und Savigny darüber äussern, darf in der Hauptsache noch heute als allgemein angenommen gelten. Neuestens haben jüngere Gelehrte Manches beigefügt, was dem äusseren Anschein nach die Grundlagen jener Lehre nicht berührt. Wer aber genauer zusieht, wird bald gewahr werden, dass wir in der That nahe daran sind, die hergebrachten klar angeschauten und klar ausgedrückten Begriffe von ius civile und ius honorarium einzubüssen.

Wie mir scheint, ist es nunmehr an der Zeit, die einschlägigen neueren Theorien einer eingehenden Kritik zu unterwerfen. Dabei ist auszugehen von einer Betrach-

tung jener Quellenstellen, welchen der Gedanke einer Zweitheilung des geltenden Rechts nach Verschiedenheit der erzeugenden Organe zu Grunde liegt. Besonders wichtig sind solche Aussprüche, die ausdrücklich ius civile und ius honorarium gegenüberstellen.

Am häufigsten wird von der in Rede stehenden Eintheilung bei den Actionen Gebrauch gemacht.

Cic. o. pro Roscio com. c. 5 § 25:

— *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria .... conclusa et comprehensa sint.*

Cic. o. pro Caecina c. 12 § 34:

— *quod agas mecum ex iure civili ac praetorio non habes.*

Servius bei Ulp. in l. 5 D. de his qui eff. (9, 3):

— *idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.*

Aristo bei Ulpian in l. 28 pr. D de leg. I.:

id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

Julian in l. 11 D. de fideiuss. (46, 1):

— *neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet.*

Pomponius bei Ulpian in l. 3 § 1 D. nautae (4, 9):

miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles.

Pomponius in l. 27 D. de R. J. (50, 17):

— *actionum modus vel lege vel per praetorem introductus.*

Maecian in l. 32 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2):

Poenales actiones sive legitimae sive honorariae.

Ulp. in l. 1 § 4 D. de dolo (4, 3):

praetor ita demum hanc (doli) actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri.

Ulp. in l. 1 § 7 D. eod.

Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam . . .

Ulp. in l. 1 § 1 D. de Publ. (6, 2):

habet civilem actionem nec desiderat honorariam.

Ulp. in l. 6 § 2 D. de conf. (42, 2):

si alia quacumque actione civili vel honoraria vel interdicto . . . quis convenitur.

Ulp. in l. 25 § 2 D. de O. et A. (44, 7):

Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae.

Ulp. in l. 42 § 1 D. eod. (vgl. auch l. 10, l. 178 § 3 D. de V. S. 50, 16).

Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, ... vel honorariam actionem vel in factum.

Ulp. in l. 1 § 2 D. de priv. del. (47, 1):

— actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae.

Ulp. in l. 14 § 11 D. de furt. (47, 2):

— cum non est contra eum civilis actio ideoque et interdictum necessarium visum est.

Ulp. in l. 1 § 3 D. furti adv. naut. (47, 5):

— utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri.

Paul. in l. 5 § 1 D. de exerc. (14, 1):

— *nihil obstabit, quominus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit.*

Paul. in l. 40 (M. 41) pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1):

Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt.

Paul. in l. 14 D. de prec. (43, 26):

Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset.

Imp. Zeno in l. 2 pr. C. de quadr. praescr. (7, 37):

— *actiones .... civiles seu praetorias, vel ex legibus aut sacratissimis constitutionibus descendentes.*

Justinian in § 3 J. de action. (4, 6):

Sed istae quidem actiones .... ex legitimis et civilibus causis descendunt. aliae autem sunt, quas praetor ex sua iurisdictione comparatas habet.

Justinian in § 13 J. eod.

Praeiudiciales actiones .... ex quibus fere una illa legitimam causam habet .... ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.

Justinian stellt den *legitimae* oder *civiles* nicht ausdrücklich *actiones praetoriae* gegenüber; dennoch haben die von ihm gebrauchten umschreibenden Worte zweifellos nur diesen Sinn. Aehnlicher Ausdrücke bedient sich Gaius Jnst. IV. 110 (= pr. J. de perp. act. 4, 12), wo überdies statt des Civilrechts die Quellen desselben genannt sind.

Ob die für die Actionen sattsam bezeugte Eintheilung von Gaius IV. 118 (= § 7 J. de exc. 4, 13) auch für die Exceptionen aufgestellt wird, ist bekanntlich eine in neuester Zeit lebhaft bestrittene Frage. Die

Stelle kann einstweilen ausser Betracht bleiben. Ebenso sollen hier jene Quellenaussprüche übergangen werden, die statt *actio praetoria* den Ausdruck *actio ex edicto* enthalten.[1] Dagegen sind im Folgenden allerdings auch einige Stellen benützt, wo für ius praetorium *beneficium, tuitio praetoris* oder unzweideutig in diesem Sinne *edictum* steht.

In der Lehre von den Status werden die beiden Rechtssysteme neben einander gestellt von Marcian in l. 7 D. de lege Corn. de fals. (48, 10), deren Wortlaut weiter unten mitzutheilen ist, und von Ulpian in l. 20 § 7 D. qui test. fac. (28, 1):

Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.

Dingliche Rechte civiler und praetorischer Herkunft erwähnen neben einander Gaius I. 54:

Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur).

vgl. auch Gaius II. 40, 41, 222.

Ulp. in l. 1 pr. D. quib. mod. usfr. (7, 4):

— *parvi refert utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris.*

Ulp. in l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. cav. (7, 9):

— *sive ipso iure quis usum fructum habet sive etiam per tuitionem praetoris.*

vgl. auch Gaius in l. 29 D. de usu per leg. (33, 2).

Ulp. in l. 1 § 9 D. de superf. (43, 18):

---

[1] Beispiele aus den Quellen sind mitgetheilt in des Verfassers Schrift: Edict und Klageform (1882), S. 62; dazu noch die daselbst S. 17, 42—44 angeführten Belege.

Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur.

Dem Obligationenrecht gehören folgende Stellen an:

Cic. de offic. I c. 10 § 32, 33:

Jam illis promissis standum non esse, quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus.

Ulp. in l. 1 § 8 D. de pec. const. (13, 5):

Sed et is qui honoraria actione, non iure civili obligatus est.

Ulp. in l. 3 § 1, 2 D. eod.

Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetoris non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est. Si is, qui et iure civili et praetorio debebat....

Vgl. auch Ulp. in l. 42 § 1 D. de O. et A. (44, 7) und l. 10, l. 178 § 3 D. de V. S. (50, 16).

Imp. Antoninus in l. 5 C. de pact. (2, 3):

Creditori tuo si partem pecuniae exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit.... ea obligatione partim iure civili partim honorario liberatus es.

Justinian in § 1 J. de oblig. 3, 14 (Kr. 3, 13):

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoriae sunt,

quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur.

L. 1 § 1 D. de nov. (46, 2) von Ulpian und l. 5 pr. D. de pign. (20, 1) von Marcian sind in anderem Zusammenhang besonders zu besprechen.

Mit demselben Vorbehalt ist hier auch Ulpian XII. 1 zu erwähnen, wo den *curatores honorarii* die *legitimi* gegenübergestellt werden. Dem Vormundschaftsrecht gehört noch an l. 1 § 5 D. quod falso tut. (27, 6), die einen von Ulpian mitgetheilten Ausspruch des Pomponius enthält:

Etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accomodaverit.... nisi forte praetor decrevit ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per praetoris tuitionem, non ipso iure.

Auf dem Gebiete des Erbrechts endlich ist der Gegensatz von ius civile und ius honorarium in sehr zahlreichen Stellen betont, bald allgemein bald für einzelne Materien, insbesondere für das Intestat-Testaments- und Noterbrecht.

Gaius II. 136:

emancipati vero(a) patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur.

Gaius III. 71: (vgl. § 7 J. de exher. lib. 2, 13 und Ulp. XXII. 23)

— *neque... exheredare necesse est, sive de iure civili quaeramus, sive de edicto praetoris, quo praeteritis liberis c. t. testamenti b. p. promittitur.*

Gaius IV. 34:

— *cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti.*

Maecian in l. 65 (M. 67) § 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1):

— *idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est.*

Papinian in l. 14 D. de test. (22, 5):

— *neque iure civili testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit, neque iure praetorio, quod ius civile subsequitur.*

Papinian in l. 17 pr. D. de castr. pec. (49, 17):

Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius et annum utilem iure praetorio soluere cogitur: idem, si testamento scriptus heres extiterit, perpetuo civiliter ut heres convenietur.

Ulp. XXII. 24:

Inter necessarios ... et suos et necessarios .... iure civili nihil interest .... sed iure praetorio ...

Ulp. in der Coll. XVI. 5, 1:

Ab intestato quoque hereditas defertur aut per ius civile, aut per praetoris beneficium.

Ulp. in l. 23 D. qui test. fac. (28, 1):

— *testamentum ... utroque iure valebit tam civili quam praetorio.*

Imp. Diocletian in l. 9 C. de pet. her. (3, 31):

successionem ... honorario vel civili iure quaesiisti.

Imp. Diocletian in l. 8 § 1 C. ad exh. (3, 42):

— *si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet.*

Imp. Diocletian in l. 14 C. de iure del. (6, 30):

Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit iure.

Imp. Diocletian in l. 3 C. com. de succ. (6, 59):

Vitrico privigni successionem intestati civili uel honorario iure non deberi certissimum est.

Imp. Diocletian in l. 10 C. eod. (6, 59):

Nutritoribus hoc nomine nec civili nec honorario iure defertur hereditas.

Imp. Constantinus in c. 2 § 4 C. Th. de int. rest. (2, 16) (= l. 5 § 3 C. J. de temp. 2, 53 (Kr. 2, 52):

— *siquidem civili iure ab intestato vel ex testamento successerit.... si vero honorario iure...*

Imp. Constantinus in c. 1 C. Th. fam. herc. (2, 24):

— *cum filiis ac nepotibus civili iure vel auxilio praetoris ut suis heredibus defuncti successio deferatur..*

Imp. Constantinus in c. 2 C. Th. de bon. proscr. (9, 42):

— *ut accipiat hereditatem, qui eam iure civili vel praetorio poterat vindicare.*

Imp. Valentinianus in c. 20 C. Th. de episc. (16, 2):

ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis adiuvantur.

Imp. Gratianus in c. 9 pr. C. Th. eod. (9, 42):

— *ab intestato successuri defuncto vel ex duodecim tabulis vel per rescissionem capitis praetorio vocabuntur edicto.*

Imp. Gratianus in l. 1 § 4 C. de sec. nupt. (5, 9):

— *mulierem infamem redditam hereditates ab intestato vel legitimas vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare.*

Imp. Theodosius in c. 7 § 2 C. Th. de testam. (4, 4);

In omni autem genere testamenti, sive id praetorio iure sive civili consistat.

Imp. Theodosius et Valentinianus in Nov. Valentiniani III. Tit. XX c. 1 § 2 (Haenel Novellae Constitutiones pag. 190);

Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae testimonio principis et subscriptione conditoris firmatur.[2]

Imp. Justinian in l. 4 pr. C. de lib. praet. (6, 28):

— *inter nepotes exheredandos alia iura civilia, alia praetoris introduxerunt.*

Justinian in § 10 J. de fideic. her. (2, 23):

Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo iure vel honorario pertinere intellegit.

Justinian in § 14 J. de her. quae ab int. (3, 1):

testamento autem ab eo (scil. *patre adoptivo) facto neque iure civili neque praetorio aliquid ex hereditate eius persequi potest.*

Justinian im pr. J. de bon. poss. 3, 10 (Kr. 3, 9):

si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur.

Mit § 2, 3 J. de test. ord. (2, 10), wo Justinian die Geschichte der Testamentsformen bespricht, haben wir uns später genauer zu beschäftigen.

Die schliesslich noch aufzuführenden Stellen, welche der successio honoraria im Gegensatz zur Gesammtnachfolge nach Civilrecht gedenken, wurden aus der vorhergehenden Citatenreihe ausgeschlossen, weil darin

---

[2] Hier könnten noch angeführt werden die Gesta de aperiundo testamento (474 p. C.) IV. 5 bei Bruns Fontes p. 236 (ed. IV) und Isidor Originum V. 24, 5 u. 6 (Bruns l. c., p. 326).

nicht überall ausschliesslich erbrechtliche Successionen ins Auge gefasst sind.

Ulp. in l. 7 § 9 D. de Publ. (6, 2):

Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit.

Ebenso Ulpian in l. 9 § 6 D. de interrog. (11, 1), l. 10 D. ad S. C. Vell. (16, 1), l. 1 § 8 D. ut leg. (36, 3), l. 13 § 11 D. de accept. (46, 4), vgl. auch l. 24 § 1 D. fam. erc. (10, 2).

Ulp. in l. 6 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1):

— ut hoc senatus consultum ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi sive honorarii sint successores.

Paul. in l. 2 § 19 D. pro emt. (41, 4):

— usucapictur res, quamvis heres scit alienam esse. hoc et in bonorum possessore et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas, ceterisque praetoriis successoribus observatum est.

Paul. in l. 70 D. de V. S. (50, 16):

verba haec »is ad quem ea res pertinet« sic intelleguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

Hermogenian in l. 1 § 4 D. de mun. et hon. (50, 4):

— cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Imp. Diocletian in l. 26 C. de pact. (2, 3):

Pactum successorum debitoris ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium ... divisum in solidum unum obligare creditori non potest: quod et in honorario succedentibus iure locum habebit.

§ 2. Ius civile — ius honorarium vor und nach dem Hadrianischen Senatusconsult.

Das mitgetheilte Quellenmaterial wird in den folgenden Erörterungen zu wiederholten Malen in Bezug genommen und in verschiedenen Richtungen benutzt werden. An dieser Stelle mache ich zunächst auf die chronologische Anordnung desselben aufmerksam. Die ältesten Stücke gehören dem letzten Jahrhundert der Republik, die jüngsten der Zeit Justinians an. Ueberall, in den Constitutionen der Kaiser späterer Jahrhunderte nicht minder häufig als in Juristenschriften der republikanischen und der klassischen Periode begegnet die Gegenüberstellung von ius civile und ius honorarium, allem Anschein nach hier wie dort in derselben Bedeutung. Unsere nächste Aufgabe wird es sein, zu untersuchen, ob und welchen geschichtlichen Wandlungen der Gegensatz der beiden Rechte unterworfen war.[1]

Von Cicero und von mehreren Juristen der klassischen Zeit sind uns Begriffsbestimmungen von ius honorarium und ius civile erhalten. Gaius zählt in der Einleitung zu seinen Institutionen (I. 2—7) die einzelnen Quellen des geltenden Rechtes auf, dieselben, welche

[1] Gegen A. Schultze Privatrecht und Process I § 31, der die Rechtsduplicität gänzlich leugnet, habe ich mich schon in der Deutschen Litteraturzeitung vom Jahre 1883, S. 1663—66 ausgesprochen. Im Wesentlichen übereinstimmend mit dieser Anzeige Demelius in Grünhuts Ztschr. Bd. XI S. 728—735 (1884).

Papinian in l. 7 D. de J. et J. (1, 1) und Pomponius im Enchiridion (l. 2 § 12 D. de O. J. 1, 2) aufführt. Von der Lex und dem Plebiscitum geht Gaius aus, allen übrigen Quellen, aus denen Papinian ius civile hervorgehen lässt, schreibt er *legis vicem,* d. h. Geltung gleich der Lex zu, nur beim praetorischen Rechte fehlt — offenbar absichtlich — diese Bemerkung.

Die Sätze des ius honorarium werden in den Quellen häufig auf die Jurisdictionsgewalt des Magistrats zurückgeführt. Schon daraus ergibt sich — was auch bei Cicero (in Verr. act. sec. I c. 42 §. 109) und sonst ausdrücklich bezeugt ist — die zeitliche und örtliche Beschränkung[2] der Geltung dieses Rechtes im Gegensatz zum ius civile. Gaius[3] freilich (Inst. I. 6) äussert sich darüber nicht; stillschweigend aber lehnt er[4], und selbst noch der weit jüngere Marcian (in l. 14 D. de cond. inst. 28, 7) die Gleichstellung mit der Lex ab. Auch die entsprechende

[2] Vgl. Savigny System B. I S. 116—119, 150, Mommsen Die Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 390, 391, Bekker Die Aktionen Bd. II S. 6. Der von A. Wieling De perpetua edictorum auctoritate p. 2—8 (Franequerae 1730) erhobene Widerspruch ist mit Recht unbeachtet geblieben.

[3] Studemund und Krüger (auch Herzog Röm. Staatsverfassung I S. 632 N. 1) nehmen nach dem Vorgange Huschkes an, dass im Veroneser Codex einige Worte vor Gai. I. 6 ausgefallen seien — wie ich glaube, mit Unrecht. Der Satz: *ius autem edicendi* etc. schliesst sich im Geiste des Verfassers unmittelbar an die Worte in I. 2: *edictis eorum, qui ius edicendi habent* an; d a h e r das *autem.* Uebrigens wollen die genannten Herausgeber in die angenommene Lücke doch nur eine Definition der Edicte setzen.

[4] Dies hat schon Gans Scholien zum Gaius (1821) S. 5 richtig bemerkt, neuestens A. Schultze a. a. O. S. 365, 366, der sich übrigens vergebens bemüht, aus Gai. I. 2—7 Beweisgründe für seine Anschauungen zu gewinnen. Wenn es wahr wäre, dass Gaius die Edicte der

Stelle der Justinianischen Institutionen (I. 2, 7), die ursprünglich wohl von Ulpian herrührt, drückt sich ziemlich unbestimmt aus. Nach Aufzählung der meisten civilen Quellen heisst es dort:

Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt.

Indess zeigen doch auch diese Worte unzweideutig, dass das honorarische Recht selbst nach der Ansicht der jüngsten Klassiker an Autorität hinter dem ius civile zurücksteht. Darum hält es auch Paulus nicht für überflüssig, dem honorarischen System ausdrücklich den Charakter eines ius neben dem ius civile zuzuschreiben.

L. 11 D. de J. et J. (1, 1) aus Paul. lib. XIV. ad Sabinum:

— *altero modo* (ius dicitur), *quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium.*

Die vier zuletzt genannten Juristen (Gaius, Ulpian, Paulus, Marcian) hätten so nicht schreiben können, wenn das vielbesprochene Hadrianische Senatusconsult den In-

---

Magistrate nicht als Quellen geltenden Rechts, sondern nur als Zeugnisse von »Rechtsinhalt« aufführt, dann müssten in diesem Sinne auch die *leges, senatus consulta* und *constitutiones* genannt sein (arg. Gai. I. 2: *constant iura ex* etc.). Wie stimmt damit Gai. I. 3: *populus iubet*, I. 4: *senatus iubet*, I. 5: *imperator . . . edicto constituit* (»Rechtsbefehle«)? Ausserdem ist nicht einzusehen, wie das von Schultze im Text Gesagte wahr bleiben soll, wenn — was in Note 1 auf S. 366 ausdrücklich bemerkt ist — Gaius erst nach dem Hadrianischen Senatusconsult geschrieben hat.

halt des praetorischen Albums zum allgemeinen Reichsrecht gemacht, und damit ius honorarium und ius civile auf gleiche Linie gestellt hätte. Weshalb weder die Institutionen von Gaius noch von Ulpian, noch auch Pomponius im Enchiridion die durch Amtszeit und Amtsbezirk des Magistrats gezogenen Grenzen für die Geltung des obrigkeitlichen Rechts hervorheben, ist dabei begreiflich genug. Thatsächlich war der Inhalt des Julian'schen Albums zwar nicht gemeines, doch im Sinne Thöls allgemeines Recht im ganzen Reiche geworden. Das erwähnte Senatusconsult dürfte den Beamten das zu proponirende Jurisdictionsalbum in bindender Weise vorgeschrieben haben. Dennoch war es nach wie vor der einzelne Edicent, auf dessen magistratischer Gewalt — wenigstens der Idee nach — für seinen Amtssprengel die Autorität des ius honorarium beruhte.

Die klassischen Juristen der späteren Zeit hatten daher zwar keinen Anlass mehr wie Cicero von einer *lex annua* zu reden, andrerseits jedoch durften sie den auch nach Hadrian fortbestehenden formellen Unterschied zwischen ius civile und ius honorarium nicht ausser Acht lassen, ohne sich eines groben Fehlers schuldig zu machen. Auf diese Weise findet die auffallend unbestimmte und mehrdeutige Ausdrucksweise der nachhadrian'schen Schriftsteller befriedigende Erklärung. Mehr Licht hätten ihre Aeusserungen über die Autorität des honorarischen Rechtes nur erhalten können durch genauere Darstellung des geschichtlichen Hergangs, die wir bekanntlich bei römischen Juristen überhaupt nicht erwarten dürfen.[5]

---

[5] Ueber die Bedeutung des Hadrianischen Senatusconsults hat man sich bisher nicht zu einigen vermocht. Da die Frage hier nur im Vor-

In nachklassischer Zeit hat sicherlich nach Beseitigung des Formularprocesses die Proponirung des Albums in den einzelnen Bezirken sehr bald aufgehört. Ja es traten sogar in der Praxis der Gerichte die erläuternden Juristenschriften allmälig überhaupt an die Stelle der alten Quellen, und kaiserliche Constitutionen haben diesen Gebrauch ausdrücklich bestätigt. Dennoch waren damit die Leges, Senatusconsulte, Edicte u. s. w., kurz das alte Doppelrechtssystem nicht ausser Geltung gesetzt. Keinerlei Grund liegt vor, an der Fortdauer jenes Zustandes zu zweifeln, den wir oben für die spätclassische Periode angenommen haben. Reelle Bedeutung hatte die Unterscheidung von ius civile und ius honorarium längst nicht mehr, in der Theorie aber wurde sie im ursprünglichen Sinne beibehalten bis auf Justinian, der selbst noch von den παρὰ τῶν πραιτόρων κατ᾽ ἔτος ἕκαστον νομοθετούμενα zu erzählen weiss (const. Δέδωκεν § 18).

Dabei soll nicht übersehen werden, wie wenig man wohl im dritten und den folgenden Jahrhunderten der Kaiserherrschaft noch an die praktischen Folgen dachte, welche sich ursprünglich an den Gegensatz zwischen ius civile und ius honorarium geknüpft hatten. Den Verfassern der Diocletianischen und Constantinischen Constitutionen war ohne Zweifel — um ein Beispiel zu gebrauchen — das System der bonorum possessio genau so allgemein geltendes Recht wie das der hereditas. Wo sie eine Rechtsnorm für praetorisch erklären, da beabsichtigen sie zunächst eine geschichtliche Bemerkung zu machen, die Quelle zu bezeichnen, welcher der Rechts-

---

beigehen berührt wird, ist jede Polemik vermieden. — Die obige Darstellung kann jetzt als Protest gegen A. Schultze a. a. O. § 38 gelten. Dazu noch Wlassak Edict und Klageform S. 112, 124.

satz seinen Ursprung verdankt. Wo verwandte Institute der beiden Rechte einander gegenübergestellt werden, da denken sie nicht so sehr an den formellen Gegensatz als vielmehr an den verschiedenen Inhalt der hier und dort massgebenden Rechtsnormen. Das ius utrumque in der alten Bedeutung führt also zu dieser Zeit nur mehr ein Scheinleben, in Wahrheit gehört es bereits der Geschichte an; dass es trotzdem in der Idee noch fortvegetirt, hat es nur der Macht der Gewohnheit und der Duldung Seitens der Kaisergesetzgebung bis auf Justinian zu danken.

---

§ 3. „Praetorisch", „honorarisch" in den Quellen und in der modernen Literatur.

Der schon oben angedeutete Begriff des obrigkeitlichen Rechtes lässt sich durch Zusammenfassung der den Quellen entnommenen Merkmale folgendermassen bestimmen. Jus honorarium ist alles von den Jurisdictionsmagistraten eingeführte Recht, dessen Geltung auf deren Amtsgewalt (imperium im w. S. [1]) beruht.

In aller Regel ist es recht eigentlich die Initiative des Magistrats, aus welcher das honorarische Recht hervorgeht. Erst in der Kaiserzeit kommt es zuweilen vor, dass andere rechtsbildende Organe, die Comitien, der Senat und der Princeps den Boden des ius civile verlassend, sei es mit, sei es ohne nähere Mitwirkung des Praetors, Rechtssätze aufstellen, welche das honorarische System ergänzen sollen. Diese interessante Erscheinung [2] genauer zu erörtern, ist hier nicht beabsichtigt. In der zweiten Abhandlung, welche von den Senatusconsulten und Constitutionen handelt, werden uns mehrere hieher gehörige Fälle begegnen. Dort wird schliesslich auch Einiges gesagt werden über die Natur dieses anomalen Rechtes, das — wie es scheint — bei den Klassikern überall ius honorarium heisst, dennoch aber mit dem

---

[1] Vgl. Mommsen Röm. Staatsrecht Bd. I S. 184 N. 2 (2. Aufl.)

[2] Auf die vor Allen Huschke Gaius. Beiträge S. 219 aufmerksam gemacht hat, und die seither von vielen Anderen bemerkt wurde. Leider fehlt bisher noch eine eingehende Untersuchung dieses Gegenstandes.

originär-obrigkeitlichen Rechte nicht ganz auf gleicher Linie steht. In den folgenden Ausführungen dürfen wir von diesem — ich möchte sagen — secundär-praetorischen Rechte um so mehr absehen, da dasselbe jedenfalls auch Seitens der römischen Juristen bei ihrer Begriffsbestimmung des ius honorarium unbeachtet geblieben ist.

In neuerer Zeit hat eine Reihe von Schriftstellern das Prädikat »honorarisch« oder »praetorisch« — ohne der Gefahr der Irreführung zu achten — in einer Bedeutung gebraucht, die von der hier angenommenen und bisher allein üblichen wesentlich abweicht. Keller,[3] dem Bethmann-Hollweg[4] und Rudorff in der Rechtsgeschichte[5] folgen, hat zuerst behufs Erklärung jener Quellenstellen, welche die Exceptionen allgemein *praetoriae* nennen, zur Annahme einer zweiten Bedeutung des Ausdrucks seine Zuflucht genommen. Er meint, praetorisch könnten die Exceptionen allgemein nur in einem »mehr formalen Sinne« heissen, da es neben solchen, die dem Ursprunge nach honorarisch sind, doch auch Civilexceptionen gebe. Letzteres wird bekanntlich neuerdings wiederum von mehreren Schriftstellern geleugnet. Indess sind wir selbst vom Standpunkte Derjenigen aus, welche Civilexceptionen gelten lassen, nicht gezwungen, Kellers »mehr formale« Bedeutung von »praetorisch« anzuerkennen. Da in der That die weitaus grösste Zahl der Exceptionen praetorischen Ursprungs ist, konnten die Pandektenjuristen in beiläufigen Bemerkungen die Civilexceptionen getrost unbeachtet lassen. »Die Juristen wünschen eben« — wie

---

[3] Der Röm. Civilprocess § 35 Note 373.
[4] Der Röm. Civilprocess Bd. II § 99 N. 46.
[5] Bd. II § 31 Note 22 (S. 109).

Bekker[6] treffend bemerkt — »durchweg nicht, dass man aus ihren gelegentlichen Aeusserungen allgemeine Regeln ziehe.«

Weil der Praetor es war, der alle Exceptionen behufs processualer Geltendmachung schriftlich formulirte, darum — glaubt Keller — könne man sie im formalen Sinne sämmtlich praetorisch nennen. Mit demselben Recht wäre dann auch allen[7] schriftlichen Klagformeln das Prädikat praetorisch beizulegen. Rudorff hat dies wiederholt gethan; ja er ist noch einen kleinen unmerklichen Schritt weitergegangen und hat offenbar Falsches gelehrt, in dem er die Actionenformel als solche dem »obrigkeitlichen Rechte« zuwies.[8]

Die Quellen bieten für diese Anschauung keinerlei Unterlage. In den zahlreichen, oben auf S. 2—4 mitgetheilten Stellen werden immer zwei Klassen von Actionen unterschieden, die civilen und die praetorischen. Nirgends, weder bei Juristen noch sonstwo[9] in den Quellen ist eine Aeusserung aufzufinden, welche die Schriftformeln der Actionen allgemein als praetorisch bezeichnen würde. Den Römern war ohne Zweifel der Gebrauch unseres Aus-

---

[6] Die Aktionen Bd. II S. 278.

[7] Lenel Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 55, 56 N. 3 scheint Civilactionen anzunehmen, deren Formulirung nicht vom Praetor herrührt. Von wem sonst?

[8] Vgl. Röm. Rechtsgeschichte Bd. I S. 10, 11, 173, 174, 270, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. III S. 42, 60. Aehnlich schon vor Rudorff unter Berufung auf Leist Erxleben Einleitung in das Röm. Privatrecht S. 219.

[9] Voigt Das ius naturale Th. III S. 843 N. 1332, Th. IV Beil. XX. § II S. 454, 455, Beil. XXI § XXIII S. 609, 610, der für Kellers formalen als den älteren Begriff eintritt, legt ihn Cic. o. pro Rosc. com· c. 5 § 25 (vgl. oben S. 2) in den Mund wofür keinerlei Grund vorliegt.

drucks in »formaler« Bedeutung bei den Actionen gänzlich unbekannt, und ebensowenig ist es ihnen je beigefallen, die vom Praetor verfasste Klagformel aus diesem Grunde als Bestandtheil des praetorischen Rechtes aufzufassen.

Seit Leists Versuch einer Geschichte der Römischen Rechtssysteme [10] ist es üblich geworden, in den drei ersten Büchern der Gaianischen Institutionen eine Darstellung des ius civile, im vierten eine Uebersicht des ius honorarium zu erblicken. Leist ist zu dieser Behauptung durch Annahme zweier Vordersätze gelangt, deren einer so unrichtig ist als der andere. Zuerst wird als Inhalt des praetorischen Albums, dem angeblich Gaius' viertes Buch gewidmet ist, das Actionenrecht im w. S. angenommen (S. 22—26, S 32 N. 2), und dieses dann ohne Weiteres dem ius praetorium gleichgesetzt (S. 27, 29, 77). Letztere These ist soeben als quellenwidrig zurückgewiesen, erstere von mir schon in einer früheren Schrift, [11] und neuerdings ausführlich von Lenel [12] bekämpft worden.

Des ärgsten Missbrauchs der Prädicate civil und praetorisch hat sich Rudorff in seinem Edictum perpetuum [13] schuldig gemacht. Er unterscheidet im Album zwei Hauptabtheilungen, den Actionenabschnitt als pars

---

[10] S. 70—74. Die Schrift erschien 1850. Leist folgen Rudorff zu Puchta Institutionen Bd. I § 99 N. ii (S. 263—9. Aufl.), ebenso in der Röm. Rechtsgeschichte Bd. I § 68 S. 173, 174 und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. III S. 37, Kuntze Excurse S. 308 (2. Aufl.), Birkmeyer Die Exceptionen im bonae fidei iudicium S. 266.

[11] Edict und Klageform § 12 S. 107—109; vgl. auch Wlassak Zur Geschichte der negotiorum gestio S. 154.

[12] Das Edictum perpetuum S. 9—12.

[13] Praefatio pag. 2—5.

prima, Interdicte, Exceptionen und Stipulationen zusammen als pars altera. Die erste Abtheilung mit den Actionenformeln, welche an die Stelle der Legisactionen getreten seien, nennt er »civil«, von der zweiten sagt er aus: ex ipsius praetoris iurisdictione originem cepit, und bezeichnet sie als »praetorisch«. Rudorff war es natürlich nicht unbekannt, dass seine pars prima die Hauptmasse des praetorischen Rechts, insbesondere zahlreiche auf der Jurisdiction des Praetors beruhende Actionen enthält, während andererseits manche der in die pars altera gesetzten Exceptionen von ihm als civil anerkannt wurden. Was dann noch die Prädicirung der einen Abtheilung als civil, der anderen als praetorisch bedeuten soll, ist schlechterdings nicht einzusehen.

Halten wir uns an die juristischen Quellen, so finden wir *ius praetorium* überall in derselben Bedeutung, u. z. in der oben entwickelten gebraucht. Bei Geschichtschreibern (Tacitus Annal. II. c. 56, c. 77, Vopiscus Prob. c. 13) kommt der Ausdruck allerdings ausnahmsweise zur Bezeichnung der praetorischen (genauer propraetorischen) Amtsgewalt vor, und auch bei Varro De lingua lat. VI c. 7 § 71 wird man schwerlich die regelmässige Bedeutung zu Grunde legen dürfen. Da Varros Ausspruch geeignet ist, unrichtigen Anschauungen über den Charakter des praetorischen Rechtes eine scheinbare Stütze zu gewähren, wird es sich empfehlen, der Stelle schon an diesem Orte einige Aufmerksamkeit zu schenken. In Müllers Ausgabe (pag. 101) lautet sie folgendermassen:

Qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte eius, id est de voluntate exierat; non enim si nolebat, non dabat, quod sponsu erat alligatus; quod tum

et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequom existimabatur.

Wie der letzte Satz zusammenhängt mit der im Vorhergehenden besprochenen desponsatio filiae, ob in dieser Beziehung Lachmann[14] und Huschke[15] oder Voigt[16] richtig gesehen haben, mag dahingestellt bleiben. Uns interessiren hauptsächlich die im Druck hervorgehobenen Worte, über deren Bedeutung die genannten Gelehrten sich nicht genauer äussern.

Varro will sagen: Im Gerichte des Praetors bildete die *lex,* beim Censor das *aequum* die Entscheidungsnorm. *Jus praetorium* bedeutet hier nicht das Recht, sondern die Rechtsprechung[17] des Praetors, die iurisdictio, welche sich erst in späterer Zeit zur Rechtsbildung entwickelte. Nur so erklärt sich die Nebeneinanderstellung von *ius praetorium* und *iudicium censorium* (Notation).

Wie sich aus dem früher Gesagten ergibt, legen die Römer das Prädikat »praetorisch« oder »honorarisch« vor Allem dem vom Praetor aus eigener Machtvollkommenheit Geschaffenen bei, nebst dem Jus der nichtcivilen Actio, Obligatio, Successio, Exceptio. Der Beisatz kennzeichnet hier das betreffende Institut als Bestandtheil des hono-

---

[14] Im Rheinischen Museum für Philologie Jahrgang VI (1838) S. 113—115.

[15] In der Ztschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. X. S. 327—339.

[16] Das ius naturale Th. II § 33 N. 240 (S. 236—238).

[17] Ausser von den im Texte erwähnten Schriftstellern wird dies stillschweigend wohl noch von Rudorff zu Puchta Institutionen Bd. II § 258 Note n und im Edictum pag. 8 N. 1 angenommen; unrichtig Hänsel Institutionen S. 264 N. 190. — Wie bei Varro l. c. dürfte *ius praetorium* auch bei Cic. in Verr. act. sec. II c. 12 § 31 zu über setzen sein.

rarischen Rechtes. In minder prägnantem Sinne kommt »praetorisch« (nicht auch »honorarisch«) als Beiwort neben anderen Substantiven vor, so in Verbindung mit *vir, iurisdictio, potestas*. »Praetorisch« in dieser zweiten Bedeutung ist Alles, was dem Praetor zugehört oder sonst zum Praetor in mehr oder minder naher Beziehung steht. Dass der Ausdruck dort, wo eine Verwechslung denkbar war, in der letzterwähnten allgemeineren Bedeutung von den römischen Juristen überhaupt nicht gebraucht wurde, ist oben schon bemerkt. Nur eine Pandektenstelle liesse sich anführen, die, wie sie uns heute vorliegt, eine Ausnahme von der Regel darstellt. Papinian nennt in l. 12 D. pro emt. (41, 4) das aus der missio in possessionem entstehende Verhältniss *praetorii pignoris causa*. Da das Pfandrecht praetorischen Ursprungs ist, könnte unser Beiwort neben pignus auch im technischen Sinne stehen. Dennoch hat es hier im Munde der Compilatoren und, wenn es von dem Juristen selbst herrührt, wohl auch Papinians eine andere Bedeutung.

Pignus praetorium als Bezeichnung für eine besondere Art des Pfandrechts kommt in den Pandekten ausser in l. 12 D. cit. nirgends vor, während die Compilatoren den jedenfalls erst spät entstandenen Kunstausdruck mit Vorliebe gebrauchen.[18] Darnach liegt die Vermutung nicht allzu ferne, dass die Stelle aus Papinians Responsen das in Frage stehende Wort ursprünglich nicht enthalten hat.

In welchem Sinne die Quellen gewisse Stipulationen als *praetoriae* bezeichnen, ist eine bestrittene Frage. Pomponius, der in l. 5 pr. D. de V. O. (45, 1)

[18] Vgl. Rubr. und l. 1, l. 2 pr. § 1 C. de praet. pign. (8, 22); auch Dernburg Pfandrecht Bd. I S. 401 N. 5 und 6.

den Begriff definirt, und Ulpian, der — wie jetzt allgemein [19] angenommen wird — in l. 1 D. de stip. praet. (46, 5) die Unterarten desselben Begriffs aufzählt und näher bestimmt, geben darüber unmittelbar keine Auskunft. Schirmer [20] meint, der Name wolle den Ursprung aus dem praetorischen Rechte bezeichnen und lehnt ausdrücklich die — wie es scheint — von Bethmann-Hollweg [21] später gebilligte Erklärung ab, als würde der Name gerechtfertigt durch die blosse Aufnahme gewisser Stipulationen in das praetorische Album.

Keine der beiden Ansichten dürfte das Richtige treffen. Jede Stipulation, auch die vom Praetor gebotene, ist ein Contract des Civilrechts. Nur der Zwang zur Cautionsleistung beruht auf praetorischer Norm, nicht die Caution selbst. Gegen die zweite Erklärung spricht der Umstand, dass eine der Hauptrubriken im Album lautet: *de stipulationibus praetoriis.* Dies kann unmöglich heissen: Der folgende Abschnitt enthält diejenigen Stipulationen, welche ins Album aufgenommen sind. So bleibt nur noch die Wahl, den Beisatz zu rechtfertigen durch die Autorschaft des Praetors oder durch die zwangsweise Auferlegung Seitens des Magistrats. Letztere Annahme findet eine sichere Stütze in der von Pomponius gegebenen Definition, da regelmässig der das Wesen der Sache

[19] Vgl. Puchta Cursus der Institutionen Bd. I § 168 N. a und b, Keller Civilprocess § 77 und Pandekten § 109 (S. 207 — 1. Ausg.), Schirmer Ueber die praetorischen Judicialstipulationen S. 1, aber auch N. 1 auf S. 2, 3, Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II. § 119 N. 1 u. 3. — Man beachte, dass Pomponius auch die *stipulationes communes,* insoweit sie vom Praetor auferlegt werden, *praetoriae* nennt.

[20] A. a. O. S. 17—20, dazu noch S. 31; vgl. auch Burckhard bei Glück Serie der Bücher 39, 40 Th. II S. 83 N. 69.

[21] A. a. O. Bd. II § 104 S. 527.

bestimmende Umstand auch für die Benennung massgebend sein wird.

Uebrigens soll nicht geleugnet werden, dass in zweiter Linie auch die Abfassung durch den Praetor Namen gebend gewirkt haben kann[22] (arg. l. 9 D. de stip. praet. 46, 5 u. l. 52 pr. D. de V. O. 45, 1). Mehr aber als diese Möglichkeit darf Keller auf Grund der Quellen keinesfalls zugestanden werden. Als selbständiger Begriff innerhalb des weiteren, oben (S. 24) definirten ist die sogenannte formale Bedeutung von »praetorisch» den römischen Juristen schwerlich jemals zum Bewusstsein gekommen.

Genau zu wissen, was der Ausdruck »praetorische Stipulation« zu bedeuten hat und was er nicht bedeuten soll, ist von Belang für die Bestimmung dessen, was der letzte Hauptabschnitt des Albums, dem die beiden Worte als Ueberschrift dienten, möglicher Weise enthalten konnte. Nur von wenigen Stipulationen lässt sich mit Sicherheit behaupten, dass sie dem Album angehörten, und von diesen sind fast alle nachweisbar proponirt zur Ausführung praetorischer Normen, welche Cautionsleistung gebieten. Dennoch wäre es bei der Lückenhaftigkeit der Quellennachrichten voreilig, mit Bethmann-Hollweg[23] und Rudorff[24] den ganzen Abschnitt dem praetorischen Rechte zuzuweisen. Auch durch Gesetz angeordnete Stipulationen

---

[22] Dafür — wie es scheint — Keller Civilprocess § 22 in f. (S. 109 — 6. Ausg.) und deutlich Puntschart Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer S. 232, der indess sofort die stipulatio praetoria für ein Institut des praetorischen Rechts erklärt.

[23] A. a. O. Bd. II § 119 S. 728.

[24] Edictum perpetuum p. 2, 5; vgl. auch Bruns Fontes p. 165 N. 2 (ed. IV). Lenel äussert sich darüber nicht.

konnten im Album durch ständige Formulare vertreten sein; aus der erwähnten Ueberschrift wenigstens wäre die entgegengesetzte Behauptung keineswegs zu erweisen.

Noch schwieriger als in dem eben besprochenen Fall gestaltet sich unsere Aufgabe beim *tutor praetorius*, dessen Gaius und Ulpian gedenken.[25] Man könnte meinen, das Beiwort stehe hier in technischer Bedeutung und wolle eine dem praetorischen Rechte angehörige Art der Tutel bezeichnen. Gaius I. 184 berichtet:

tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat; — qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur.

Ueber die Rechtsquelle, welche für den gedachten Fall die Bestellung eines Tutors anordnet, äussert sich Gaius nicht. An das praetorische Recht zu denken verbietet uns l. 6 § 2 D. de tut. (26, 1) von Ulpian:

Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps.

Darnach — scheint es — konnte der Praetor *iure magistratus* (l. 1 pr. D. de off. eius 1, 21 von Papinian), aus eigener Machtvollkommenheit einen Tutor nicht bestellen. Da für die Zeit von der Gaius l. c. spricht, auch die Annahme eines durch gesetzliche Initiative veranlassten ius praetorium ausgeschlossen ist, bleibt nur eine Erklärung des *tutor praetorius* übrig: Gaius' Ausspruch ist genau wörtlich zu nehmen. Praetorisch heisst der

[25] Vgl. auch § 3 I. de auct. tut. (1, 21) und die griech. Paraphrase zu dieser Stelle. Die moderne Literatur beschäftigt sich nur sehr flüchtig mit dem tutor praetorius; vgl. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. I § 234 S. 877, 881, Rudorff Das Recht der Vormundschaft Bd. I S. 389—393.

Tutor nur deshalb, weil er vom Praetor bestellt wurde. Das Prädikat kann hier nicht in technischer Bedeutung gesetzt sein, da der Rechtssatz, der den in Frage stehenden Tutor anordnet, nach den angeführten Quellenzeugnissen notwendig dem ius civile angehören muss.

Sehen wir zu, ob das so gewonnene Ergebniss übereinstimmt mit Ulpians Lehre in den Fragm. XI. 2 u. 24. Ulpian kennt keinen Tutor des praetorischen Rechtes. Den bei Gai. I. 184 erwähnten nennt auch er *praetorius;* als Rechtsquelle aber, auf der unser Fall der Tutel beruhen soll, bezeichnet er ausdrücklich die *mores,* das Gewohnheitsrecht. Gaius und Ulpian harmoniren also vollständig.

Wie aber verhält sich Ulp. XI. 24 zu l. 6 § 2 D. cit. von demselben Verfasser? Die Pandektenstelle weiss Nichts davon, dass auch *mores* den Praetor zur tutoris datio ermächtigen und verpflichten konnten. Und wie sollen wir uns die Bildung jenes Gewohnheitsrechts überhaupt vorstellen? Hat etwa ein autoritäres Pontificalgutachten gleich von Anfang die civilrechtliche Unterlage für die obrigkeitliche Tutorbestellung hergestellt?

M. E. darf uns die Theorie der Klassiker, welche nach dem Rechte ihrer Zeit die tutoris datio weder dem Imperium noch der Jurisdictio zuweisen, nicht abhalten, die Vormundsbestellung als einen ursprünglichen Bestandtheil der römischen Oberamtsgewalt (der Consuln und Praetoren) anzusehen.[26] Ein Grund weshalb diese Be-

---

[26] Die im Texte bekämpfte Lehre ist allgemein angenommen; vgl. Zimmern a. a. O. Bd. I § 232 zu N. 12, Keller Civilprocess § 2 S. 11, 12 (6. Ausg.), Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 183, Bd. II¹ S. 98

fugniss vom Anfang an den Oberbeamten gefehlt haben soll, ist aus den Quellen nicht ersichtlich und auch durch Hypothese schwerlich zu gewinnen, da alle Wahrscheinlichkeit gegen den zu erklärenden Satz spricht.

Das Recht der Magistrate, Curatoren zu ernennen, wird nirgends auf besondere gesetzliche Ermächtigung zurückgeführt. Freilich ist der Rückschluss von dieser Befugniss auf jene nicht zwingend, da Tutel und Cura im Wesen verschieden sind. Indess scheint doch hier wie dort das Imperium an dem Rechte der agnatischen Familie seine Grenzen gefunden zu haben. Die Lex Atilia, spätere Gesetze und Verordnungen des Senats wie der Kaiser (Gai. I. 173—187, Ulp. XI. 18—23, Inst. 1, 20) haben die tutoris datio eingehend geregelt und zu verschiedenen Zeiten verschiedene[27] Organe mit diesem Geschäfte betraut. Die Annahme, dass die erwähnten Gesetze damit in den Amtsbereich der betreffenden Magistrate Befugnisse hinein gelegt haben, die bisher darin nicht enthalten waren, ist nicht die einzig mögliche. Ihr Inhalt kann ebenso gut der gewesen sein, die Ausübung eines an und für sich zustehenden Rechtes nur genauer zu regeln, insbesondere concurrirende Competenzen verschiedener Beamten gegen einander abzugrenzen.

Die Lex Atilia — wohl das älteste derartige Gesetz — bestimmt, dass den Frauen und Pupillen Tutoren gegeben werden sollen *a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis.* Den Rechtszustand vor

(2. A.), Lange Röm. Alterthümer I. Bd. S. 775 (3. A.). Der oben angenommenen Ansicht steht die Norm der l. 1 D. de off. eius 1, 21 (weitere Stellen bei Keller a. a. O. § 2 N. 32) nicht entgegen.

[21] Vgl. Zimmern a. a. O. Bd. I §. 235 S. 883—885, Mommsen a. a. O. Bd. II[1] S. 98, 216.

diesem Gesetze kennen wir nicht; höchst unwahrscheinlich aber ist es, dass nicht vorher schon die Dativtutel als notwendige Ergänzung der testamentarischen und legitimen fungirt haben sollte.[28] Darnach kann die Lex Atilia eine Aenderung in dem Sinne herbeigeführt haben, dass der bisher frei wählende Praetor nun an die Zustimmung der Tribunen gebunden wurde.

Die meiner obigen Annahme widersprechende Lehre der klassischen Juristen, welche die tutoris datio auffassen als einen auf Specialgesetzen beruhenden Bestandtheil des officium ius dicentis, ist — wie ich glaube — zu einer Zeit entstanden, als sich die Gesetzgebung dieses Gegenstandes bereits völlig bemächtigt hatte. Erst aus diesem Satze scheint man den geschichtlich unrichtigen Schluss abgeleitet zu haben, der dahin ging, die Befugniss zur Tutorbestellung sei ursprünglich im Imperium gar nicht enthalten gewesen.

Ist durch das Gesagte die Bedeutung der l. 6 § 2 D. cit. (26, 1) auf das richtige Mass zurückgeführt, dann gewinnen wir für den *tutor praetorius* eine völlig befriedigende Erklärung. Ursprünglich war derselbe wirklich ein Vormund des praetorischen Rechts, allerdings nur des ungeschriebenen. Durch die constante Praxis der Praetoren, in dem von Gaius erwähnten Falle einen Tutor zu bestellen, entsteht ein gewohnheitsrechtlicher Satz. Der alte Name *(tutor praetorius)* bleibt, da die Uebung hier nicht wie in anderen Fällen durch eine Lex sanc-

---

[28] Dies wird auch anerkannt von Hugo Lehrb. der Geschichte d. Röm. Rechts I S. 176, Zimmern a. a. O. Bd. I § 234 S. 878, 879. — Dirksen Vermischte Schriften I S. 8—10, 18 (1841) dagegen nimmt an, dass der Vormund von den Comitien bestellt wurde.

tionirt wird, deren Urheber sonst häufig dem im Gesetzesweg eingeführten Institut den Namen verleihen.

Zu Gaius' Zeiten ist die tutela praetoria längst schon in das ius civile recipirt.[29] Für ihre Zeit erklären daher die Juristen den Namen richtig, wenn sie sagen, *praetorius* heisse der Tutor aus dem Grunde, *quia a praetore urbano dabatur* (Gaius) oder *dari consuevit* (Ulpian). Wir aber können es bei dieser Erklärung darum nicht bewenden lassen, weil sonst unbegreiflich wäre, wieso unser Prädicat beschränkt bleiben konnte auf den gewiss seltenen Fall einer Vormundsbestellung *si inter tutorem et mulierem pupillumve lege aut legitimo iudicio agendum erat.* Wäre es die volle Wahrheit, was die beiden Juristen übereinstimmend berichten, dann müsste zur Zeit der Klassiker jede Dativtutel (mit Ausnahme etwa der Atilianischen) eine *praetoria* gewesen sein. Thatsächlich begegnet der Name in gar keinem anderen Falle — was übrigens schon aus Gaius' (I. 184) und Ulpians (I. 24) Aeusserungen deutlich zu entnehmen ist.[30]

Es erübrigt noch, über den Gebrauch des Ausdrucks »honorarisch« einige Worte beizufügen. So viel ich sehe, kommt das Wort in den juristischen Quellen immer nur in einer[31] Bedeutung vor. Juristen und Kaiser vermeiden es, dasselbe in jenem vagen wei-

---

[29] Ein Fall, der in meiner Gesch. der neg. gestio § 12 nicht berücksichtigt ist.

[30] Vgl. auch Zimmern a. a. O. Bd. I § 234 S. 881; unrichtig Puchta Institutionen II § 299 zu N. x und Böcking Röm. Privatrecht II § 44 zu N. 46 (S. 190 — 2. A.)

[31] Der *tutor honorarius,* i. e. honoris causa datus in l. 60 § 2 D. de r. n. (23, 2), l. 14 § 1 D. de sol. (46, 3) und anderen Stellen bleibt dabei — wie sich von selbst versteht — ausser Betracht.

teren Sinne zu gebrauchen, den wir mit dem Ausdruck »praetorisch« häufig verbunden finden. Wenn einer actio, obligatio, poena, der bonorum possessio, einem successor, einem iudicium das Prädicat »honorarisch« beigelegt wird, so ist damit immer gesagt: das betreffende Institut gehört dem ius honorarium an.

Zweifel könnten in dieser Beziehung nur die *curatores honorarii* bei Ulpian XII. 1 erwecken. Hier lässt sich fragen, ob der Jurist nicht etwa an die Fälle der Dativcura denkt im Gegensatz zu der durch Gesetz deferirten, an die *curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur* (Gai. I. 200)? Manche[32] haben die Stelle deutlich in diesem Sinne aufgefasst, m. E. sicher mit Unrecht.

Ulpian stellt die curatores legitimi in Gegensatz zu den honorarii. Legitimi können Tutoren und Curatoren heissen entweder mit Rücksicht auf die Lex als Rechtsquelle, oder weil die Lex Delationsgrund ist. Unser Jurist selbst verwendet den Ausdruck im vorhergehenden Capitel XI *de tutelis* bald in der einen, bald in der anderen Bedeutung. Der *tutor testamentarius* in § 14 ist ein legitimus im Sinne des § 2; dennoch ist seine Tutel keine legitima nach § 9, wie § 17 deutlich ergibt. Wüssten wir, was Ulpian XII. 1 unter den *curatores legitimi* versteht, dann wäre damit auch die Bedeutung der *honorarii* ermittelt.

---

[32] So Burchardi Lehrb. des Röm. Rechts II. Th. § 137 S. 336; auch Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. I S. 74, 119 hält curahonoraria und Dativcura für gleichbedeutend. Vgl. noch Böhlau in der Ztschr. f. Rechtsgeschichte Bd. XI S. 371.

Meines Erachtens wird diese Vorfrage durch den Wortlaut unserer Stelle ganz unzweideutig beantwortet.

Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur.

Dass der Jurist an die Rechtsquelle als Eintheilungsgrund denkt, ist kaum zu bezweifeln, da seinen Worten zufolge auch die Cura ex lege eine dative ist. Zu *dantur* ist hinzuzudenken *a praetore*. Fragmente aus anderen Schriften Ulpians, wie l. 8 § 3 D. de tut. et cur. (26, 5) und l. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10)[33] bestätigen, dass zur Zeit der letzten Klassiker die Lex als eigentlicher Delationsgrund bei der cura furiosi und prodigi kaum jemals mehr in Betracht kam.[34] Darnach ist der *curator honorarius* im Gegensatz zu dem civilen ex lege vom Praetor bestellten offenbar ein Vormund des honorarischen Rechtes.[35]

Unterstützt wird diese Auffassung durch eines der Worte, dessen sich Ulpian beim Definiren des Begriffes bedient. Während er als Grund der Bezeichnung des *tutor praetorius* angibt: *quia a praetore dari consueuit,* heisst es hier *qui a praetore constituuntur* und nochmals XII. 3: *A praetore constituitur curator.* Der Wechsel im Ausdruck ist schwerlich unbeabsichtigt. Von

---

[33] Beiläufig mag bemerkt werden: die l. 1 pr. D. cit. sagt nicht dass die Entmündigung nach uraltem Gewohnheitsrecht vom Magistrat auszusprechen war. Vielleicht war dies ursprünglich Sache der Agnaten.

[34] Vgl. auch Puchta Institutionen II § 299 zu N. e, Hölder Institutionen § 74 S. 214 (1. A.) und am deutlichsten Sohm Institutionen § 91 S. 309.

[35] Uebereinstimmend — jedoch ohne Begründung — Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. IV S. 671, 672, 679; vgl. auch S. 680 681, 697.

einer *cura a praetore constituta*[36] spricht Ulpian, um den Ursprung des Institutes im honorarischen Recht hervorzuheben.

Von dem im Vorstehenden untersuchten Sprachgebrauch der Quellen heutzutage abzuweichen, liegt nicht die geringste Veranlassung vor. Im Gegentheil, jede Abweichung birgt eine Gefahr in sich, da sie arge Verwirrung stiften kann. Sehr mit Recht hat Ihering jüngst[37] alle Willkür in solchen Dingen scharf getadelt. Seine Worte dürften unsere letzten Erörterungen in passender Weise abschliessen. Die Sprachfälschung — so lässt er sich vernehmen — steht in Bezug auf ihren gemeingefährlichen Charakter auf einer Linie mit der Münzfälschung, denn sie bedroht die Sicherheit des geistigen Verkehres. Den Sprachgebrauch (die sprachliche Währung) soll Jeder anerkennen und die einmal fest ausgeprägten Wertzeichen der Sprache auch zu demselben Wert annehmen, den sie damit verbunden hat.

---

[36] Dass *constituere* zuweilen für *dare* steht, zeigt l. 1 D. de iurisd. (2, 1) von Ulpian.

[37] In seinem Zweck im Recht Bd. II S. 15, 16.

§ 4. Alles römische Privatrecht entweder civil oder honorarisch.

»Ius honorarium und ius civile werden einander als die beiden grossen Hälften des römischen Rechts gegenübergestellt.« Wer die zahlreichen oben auf S. 1—11 im Wortlaut wiedergegebenen Stellen überblickt, wird sicher geneigt sein, diesem Ausspruch Puchtas[1] beizustimmen. Einen beschränkenden Beisatz werden wir allerdings machen dürfen. Es hat keinen Sinn, die erwähnte Eintheilung auf alles römische Recht zu beziehen. Nur auf dem Gebiete des bürgerlichen und — jedoch in weit geringerem Masse — des heute sogenannten Civilprocessrechts bewegt sich die rechtzeugende Thätigkeit des Praetors. Demgemäss wird der Rechtsdualismus in den Quellen nur betont für das Privatrecht und das System der Actionen.

Puchta und mit ihm wohl die Meisten bis auf die neueste Zeit halten obige Eintheilung für erschöpfend. Alles Recht ist entweder civil oder honorarisch. Als den Quellen entsprechend wird diese Anschauung unmittelbar erwiesen durch die meisten früher mitgetheilten Stellen. Von den erbrechtlichen sind in dieser Beziehung nahezu alle beweisend; für die Actionen hebe ich besonders hervor: Cic. pro Roscio com. c. 5 § 25 und pro Caec. c. 12 § 34, Servius in l. 5 D. de his qui eff.

[1] Institutionen I § 82 (S. 198—9. A.)

(9, 3), Julian in l. 11 D. de fid. (46, 1), Ulp. in l. 1 § 4 D. de dolo (4, 3), l. 25 § 2 D. de O. et A. (44, 7), l. 42 § 1 D. eod. und § 3 J. de act. (4, 6); für die dinglichen Rechte Gai. I. 54, Ulp. in l. 1 pr. D. quib. mod. (7, 4), l. 9 § 1 D. usfr. quemadm. (7, 9); für die Obligationen Ulp. in l. 1 § 8 l. 3 § 1, 2 D. de pec. c. (13, 5) und § 1 J. de obl. 3, 14 (Kr. 3, 13).

Auch wo die klassischen Juristen ex professo von den Rechtsquellen sprechen, wie Gaius in den Institutionen I. 2—7, Pomponius in l. 2 § 4—12 D. de O. J. (1, 2), Papinian in l. 7 D. de J. et J. (1, 1),[2] ergeben ihre Aeusserungen genau dasselbe Resultat. Nirgends ist die Annahme einer dritten Rechtsmasse neben ius civile und ius honorarium nur im Entferntesten angedeutet.

Vergebliche Mühe wäre es auch, unser Quellenmaterial nach der Zeit zu sondern, aus der es stammt, und zu untersuchen, ob nicht die den jüngeren Stücken zu Grunde liegende Anschauung verschieden ist von der in den älteren Fragmenten nachweisbaren. Dass noch viele Gesetze Justinians — allerdings nur als historische Reminiscenz — die Quellentheorie der Klassiker enthalten, wird man vielleicht aus der eingehenden Beschäftigung der Compilatoren mit den Juristenschriften erklären wollen. Dieselbe Erscheinung begegnet aber — und hier versagt jene Erklärung — überhaupt in allen Kaisergesetzen, namentlich in den zahlreichen Constitutionen, die von Diocletian herrühren. Ein besonders sprechendes Zeugniss für die fortdauernde Geltung des Puchta'schen Satzes noch in später Kaiserzeit bietet eine

[2] Dazu noch § 3—9 J. de iure nat. (1, 2), auch Paulus in l. 11 D. de J. et J. (1, 1).

der sogenannten Sirmond'schen Constitutionen, deren Mittheilung für diesen Ort verspart wurde.

Das Gesetz, von Constantin im Jahre 331 erlassen,[3] bestätigt in dem uns interessirenden Satze die von Bischöfen in irgend welchen Rechtssachen gesprochenen Urtheile. Dies geschieht mit folgenden Worten:

Omnes itaque caussae, quae vel praetorio iure vel civili tractantur, episcoporum sententiis terminatae, perpetuo stabilitatis iure firmentur.

Man huldigte also noch im vierten Jahrhundert genau derselben Anschauung, die schon den Juristen der Republik geläufig war. Nur zwei Systeme wurden unterschieden, das civile und das praetorische.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit dieses Satzes wird man aus l. 42 § 1 D. de O. et A. 44, 7 (Ulpian), l. 2 pr. C. de quadr. praescr. 7, 37 (Zeno) und Nov. Valentin. III. tit. XX. de test. c. 1 § 2[4] nicht herleiten können. Wenn Kaiser Zeno von *actiones civiles seu praetoriae* redet und dann fortfährt: *vel ex legibus aut constitutionibus descendentes,* so wollen die letzten Worte nicht etwa Klagen anführen, die weder civil noch praetorisch sind, sondern nur das eine Glied der Eintheilung durch Beispiele erläutern. Schon der Wechsel der gebrauchten Bindeworte (zuerst *seu,* dann *vel* und *aut*) gibt einen Fingerzeig, in welchem Sinne die verschiedenen Actionen in l. 2 C. cit. neben einander aufgezählt sind.

---

[3] Bei Haenel Novellae constitutiones (1844) c. 1 auf p. 445—448. Ueber die von Gothofred angefochtene Echtheit des Gesetzes ausführlich Haenel l. c. p. 434—440.

[4] Abgedruckt sind diese Stellen oben auf S. 3, 4, 9, 10.

Dieselbe Erklärung wie für Zenos Gesetz, passt auch für Valentinians Novelle. Das Ulpian'sche Fragment endlich nennt neben der actio civilis und honoraria noch die *actio in factum.* Wem eine dieser Klagen zustehe, der sei *creditor* im Sinne der Lex Cornelia.[5] Offenbar versteht der Jurist hier unter *actio honoraria* nur die im Album proponirte, die Klage des geschriebenen praetorischen Rechts, während ihm *actio in factum* das aus freier Hand gegebene (honorarische) Rechtsmittel bedeutet.

Wenn trotz Allem die hier vertretene Ansicht in den letzten Jahren von einigen Schriftstellern entschieden bekämpft, und eine Dreitheilung des Rechtes in der Kaiserzeit behauptet wurde, dürfen wir die Stützen dieser Gegenmeinung jedenfalls nicht in den oben im Wortlaut angeführten Stellen suchen. Alles, was bisher aus den Quellen mitgetheilt wurde, bestätigt ganz unzweideutig die herrschende Ansicht. Wäre nur das die Frage, ob die bis vor Kurzem allgemein gelehrte Zweitheilung des Ius Romanum überhaupt den Quellen entnommen ist, so hätten wir uns begnügen können mit einem kleinen Theile des beigebrachten Materials. Eine fast vollständige Sammlung der in grosser Zahl vorhandenen Belege war nur deswegen geboten, weil es nunmehr darauf ankommt, die Anschauung von der dualistischen Gestaltung des römischen Privatrechts als communis opinio nachzuweisen, die gleichmässig durch Jahrhunderte, auch in der Kaiserzeit bis auf Justinian fortwährend festgehalten war.

Schon durch das bisher Vorgebrachte ist ein sehr

---

[5] Vgl. Lenel Edictum S. 169.

gewichtiges Argument gewonnen wider die angedeutete gegnerische Ansicht. Wer Bedenken trägt, die Angaben der Quellen selbst für falsch zu erklären, wird von vornherein der von Rudorff und Kuntze aufgestellten Theorie grosses Misstrauen entgegenbringen. Diesen Standpunkt einzunehmen, sind wir um so mehr berechtigt, da sich zeigen wird, dass die Vertreter der neuen Lehre das im § 1 gesammelte Material nicht der geringsten Beachtung würdigen.

Ehe wir daran gehen, die von den genannten Gelehrten für ihre Theorie entwickelten Gründe kritisch zu beleuchten (§ 6), sind zuvor noch zwei andere Punkte zu besprechen. Vor Allem muss die Frage erledigt werden, ob der Gegensatz von ius civile und ius honorarium ein im strengen Sinne ausschliessender ist. Veranlassung hiezu bietet die von Bekker[6] aufgestellte Zwitterkategorie der »actiones civiles honorariaeque« oder — wie sie an anderer Stelle genannt werden — der praetorischen Civilklagen.

Den Namen erklärt der Verfasser der »Aktionen« im ersten und im zweiten Bande in verschiedener Weise. Die Stellung des Richters soll bei den rein honorarischen Klagen eine mehr untergeordnete, von dem Willen des Praetors mehr abhängige gewesen sein als bei actio depositi, a. tutelae directa, contraria und den übrigen »Condictionen im weiteren Sinn« (Bd. I S. 144), welche Bekker — wenn ich recht verstehe — insgesammt den »civiles honorariaeque« beizählen möchte. Im zweiten Bande S. 27, 28 ist all diesen Klagen abermals civilis intentio zugesprochen, während die beigefügten indivi-

[6] Aktionen Bd. I S. 142—154, dazu S. 309, 310, ferner Bd. II S. 27, 28, 134.

dualisirenden Demonstrationen und verba praescripta als »praetorische Einschränkungen« bezeichnet werden. Bald darauf heisst es (S. 28) »die spezielle Formulirung dieser Actionen rührt vom Praetor her«.

Die letzteren Worte legen die Vermutung nahe, dass Bekker den Ausdruck »praetorisch« in der oben verworfenen »formalen« Bedeutung gebraucht. Allein praetorisch in diesem Sinn sind alle Actionen des Formularprocesses, nicht nur Bekkers civiles honorariaeque; ferner ist bei allen Klagen ohne Ausnahme die ganze Formel vom Praetor (oder von den Aedilen) concipirt, nicht etwa nur die demonstratio. Wird »praetorisch« im technischen Sinne genommen — und so versteht Bekker den Ausdruck zweifellos Bd. I S. 149, wo er von a. depositi, tutelae und protutelae spricht — dann gerät man nicht minder mit den Quellen in offenen Widerspruch. Es gibt keine Klage mit intentio civilis, die der vorausgeschickten demonstratio wegen irgendwo als actio praetoria bezeugt wäre.

Irrig ist ferner die Bemerkung (Bd. II S. 28), die Condictionen im w. S. seien in den Quellen bald als civile bald als praetorische Klagen bezeichnet. Niemals wird für ein und dieselbe Klage Zugehörigkeit bald zur einen bald zur anderen Rechtsmasse behauptet. Der Schein des Gegentheils konnte nur bei jenen Actionen entstehen, für welche in klassischer Zeit neben einander eine praetorische in factum und eine civile in ius concipirte Formel vorhanden war, für Klagen also, die dem praetorischen Recht entstammend später actiones civiles geworden sind.

Bekker hat mit scharfem Blick diejenigen Klagen herausgefunden, bei welchen die Indicien hier auf civile,

dort auf praetorische Qualität hindeuten.[7] Verfehlt ist nur der darauf gebaute Schluss, die Annahme einer besonderen Mischkategorie. Ob übrigens der genannte Gelehrte heute noch an der in den »Aktionen« gegebenen Erklärung festhält, darf billig bezweifelt werden. Die treffenden Bemerkungen, welche er vor Kurzem in der Savigny-Zeitschrift[8] über die gewohnheitsrechtliche Fortbildung praetorischer Actionen veröffentlicht hat, stimmen — wenn ich nicht irre — im Wesentlichen überein mit dem von mir an einem anderen Orte Ausgeführten. Dort[9] waren es gerade einige actiones »civiles honorariaeque«, für welche praetorischer Ursprung und spätere Reception ins ius civile angenommen wurde.

In dem Gesagten ist auch die Antwort auf die oben (S. 39) aufgeworfene Frage mitenthalten. Wenn es bei Ulpian in l. 25 § 2 D. de O. et A. (44, 7) heisst: *omnes actiones aut civiles dicuntur aut honorariae,* wenn wir demselben »*aut*« oder »*vel*« in zahlreichen anderen Stellen begegnen, wo Privatrechtsinstitute genannt werden, die im Grundcharakter übereinstimmend, in den Details unterschieden in beiden Rechten vorkommen, dann kann nach römischer Anschauung der in Rede stehende Gegensatz nur ein im strengen Sinn ausschliessender gewesen sein. Ein Rechtssatz ist entweder iuris civilis oder iuris honorarii; beiden Rechten zugleich kann er nicht angehören.

---

[7] Solche Indicien enthält jedoch weder l. 1 pr. D. de contr. tut. (27, 4) noch l. 1 pr. D. de eo qui p. t. (27, 5); a. A. Bekker a. a. O. Bd. I S. 149 und Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. Bd. I S. 472, dagegen Wlassak Neg. gestio S. 120, Edict S. 35.

[8] Bd. IV der Rom. Abth. (1883) S. 147, 148, dazu noch S. 105, 106.

[9] Zur Geschichte der neg. gestio S. 21, 22, 153—183.

Zur selben Anschauung gelangt man mit Notwendigkeit, wenn an den Unterschied gedacht wird, der bezüglich Ort und Zeit der Geltung zwischen ius civile und ius honorarium obwaltet. Dabei wird auch verständlich, welche praktische Bedeutung die Reception eines ursprünglich honorarischen Satzes in das civile System hatte, und begreiflich, weshalb der umgekehrte Entwicklungsgang nirgends zu beobachten ist.

---

§ 5. Ius utrumque und ius naturale.

Der oben aufgestellte Satz, demzufolge alles in Rom geltende Privatrecht entweder ius civile oder ius honorarium war, sollte sich auch bei den Naturalobligationen bewähren. Zweifelhaft ist hier zunächst, ob richtig gefragt wird, wenn man allgemein Auskunft begehrt über die civile oder praetorische Qualität einer bestimmten Naturalobligation.

Wo das Recht die Klage versagt, doch aber einzelne Wirkungen anerkennt, die sonst dem klagbaren Schuldverhältniss eigen sind, sprechen die Römer von Naturalobligationen. Ist es nicht denkbar, dass bei dem Verhältniss x ein Rechtssatz des civilen Systems die Wirkung a, ein Satz des praetorischen die Wirkung b normirt habe? Die römischen Juristen scheinen gegen die zuerst angedeutete Fragestellung keine Bedenken zu hegen, da sie offenbar selbst in ähnlicher Weise gefragt haben. Freilich ist die Antwort, die sie ertheilen, nicht so geartet, wie wir sie der auf S. 35—39 entwickelten Anschauung gemäss erwarten würden.

Aeusserungen, die hieher gehören, liegen uns nur von Juristen der spätclassischen Zeit vor.

Ulpian in l. 1 § 6—8 D. de pec. const. (13, 5):

Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque

alio contractu (§ 6). Debitum autem vel natura sufficit (§ 7). Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur (§ 8).

Wie die in § 6 gewählten Beispiele zeigen, will der Jurist als constituirbar neben einander stellen das debitum civile, naturale und honorarium.

Ulp. in l. 1 § 1 D. de nov. (46, 2):

Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria ... qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest.

Ulp. in l. 10 D. de V. S. (50, 16):

»Creditores« accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario ... quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.

Paulus in l. 40 (M. 41) pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1):

Quamquam senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt: nulla enim separatio est: immo et causa naturalium obligationum transit.

Marcian in l. 5 pr. D. de pign. (20, 1):

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione ..... vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali.

Auf die Frage, welches die Quelle der Naturalobligationen sei, antworten die angeführten Juristen: weder civiles noch honorarisches Recht, sondern das ius naturale. Ulpian in den zwei zuerst mitgetheilten Stellen und Marcian sagen dies ganz ausdrücklich, Paulus spricht von *actiones civiles* und *honorariae*, schliesst

also durch seine Worte die klaglosen Obligationen von dem Gebiete der beiden Rechte nicht aus; dennoch liegt die Annahme nahe, dass er nicht anders dachte als seine beiden Zeitgenossen.

Auf den ersten Blick könnte man glauben, diese Theorie widerspreche der oben angenommenen Zweitheilung des römischen Rechts. Ist ja doch den bekannten zwei Gliedern ein drittes beigefügt. Indess ist leicht zu ersehen, in welchem Sinne dies geschah, wenn man die zahlreichen Aeusserungen verschiedener Juristen[1] beachtet, welche übereinstimmend dem *naturaliter obligari, naturale debitum,* der *naturalis obligatio* das *civiliter obligari, civile debitum,* die *civilis obligatio* gegenüberstellen.

Wie Windscheid[2] und Andere mit Recht annehmen, begreift die »civilis« obligatio dieser Stellen in sich die klagbaren Schuldverhältnisse sowohl des civilen wie des honorarischen Rechts. In den oben mitgetheilten Fragmenten ist die irreführende Dreitheilung nur dadurch entstanden, dass an Stelle des einen Gliedes, statt der klagbaren (»civilen«) Obligation die beiden Unterarten, die civilrechtliche und die honorarische Obligation, gesetzt wurden.

---

[1] Vgl. z. B. Gai. III. 119ª, Julian in l. 18 D. de S. C. Mac. (14, 6), l. 16 § 3 D. de fideiuss. (46, 1), African in l. 21 § 2. 3. D. eod. (46, 1), Javolen in l. 40 § 3 D. de cond. (35, 1), Papinian in l. 59 D. cond. ind. (12, 6), Ulp. in l. 14 D. de O. et A. (44, 7), l. 1 § 2 D. de V. O. (45, 1), l. 8 § 3 D. de fid. (46, 1).

[2] Pandekten Bd. II § 287 N. 1, Savigny Obligationenrecht Bd. I S. 37, Arndts Pand. § 217 N. 2, Voigt Ius nat. Bd. I S. 555; dagegen (vgl. jedoch die in der vorigen Note cit. Stellen) Scheurl in der Heidelb. krit. Ztschr. Bd. I S. 504 und Wächter Pand. Bd. I S. 27, 28.

Was die Bezeichnung obligatio naturalis im Gegensatz zur civilis bedeuten will, kann ebenfalls kaum zweifelhaft sein. Letztere ist die klagbare Obligation und eben darum die allein juristische, da die Römer gewohnt sind, die Actio in den Vordergrund zu stellen und von der Actio erst auf das Recht zu schliessen. Das debitum naturale dagegen ist das weder vom civilen noch vom honorarischen, daher vom positiven Recht überhaupt nicht anerkannte Schuldverhältniss.

Deutlich bestätigt wird diese Auffassung von Ulpian, welcher von der Sklavenobligation einmal (l. 41 D. de pec. 15, 1) bemerkt, sie werde nur missbräuchlich ein *debitum* genannt und habe eine »faktische« Natur: *nec servo (quicquam) potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem.*[3]

Derselbe Gedanke ist es auch, welcher der Zurückführung der klaglosen Obligationen auf das ius naturale zu Grunde liegt. Das Naturrecht der römischen Juristen verdient den Namen eines Rechtes ebenso wenig als die naturrechtlichen Systeme des vorigen Jahrhunderts. Nur was vom positiven, sei es civilen oder honorarischen Rechte anerkannt ist, hat rechtliche Geltung. Gründen also die Juristen ein Institut auf das ius naturale im Gegensatz zum ius utrumque, so wollen sie ihm damit den Rechtscharakter überhaupt absprechen. Nach römischer Anschauung sind die klaglosen Obligationen derartige naturale Gebilde, welche das positive Recht nicht

---

[3] Vgl. auch Julian in l. 16 § 4 D. de fid. (46, 1) und Schwanert Die Naturalobligationen S. 231: »*Naturale* nennen die Römer überhaupt das Factische im Gegensatz zu dem Rechtlichen, dem *civile*.«

recipirt hat. Darum heissen sie — u. z. nicht bei Marcian (l. 5 pr. D. de pign. 20, 1) allein, sondern auch bei African (l. 21 § 3 D. de fideiuss. 46, 1) — *obligationes tantum naturales.*[4]

Wer die Theorie der klaglosen Obligationen nur oberflächlich kennt, wird in der Lage sein, gegen unsere Ausführung und damit auch gegen die Anschauung der römischen Juristen gewichtige Einwendungen zu erheben. Wäre das Gesagte vollkommen zutreffend, dann hätten die Naturalobligationen mit dem Rechte überhaupt nichts zu schaffen. Das Gegentheil ist allbekannt: nur die Klagbarkeit ist dem debitum naturale versagt, nicht schlechthin jede rechtliche Wirkung. Woher aber diese Wirkungen, wenn das ganze Institut nur dem ius naturale bekannt, dem positiven Rechte aber fremd ist?

Meines Erachtens gibt es auf diesen vollkommen begründeten Einwurf nur eine Antwort. So weit rechtliche Wirkungen der Naturalobligation nachweisbar sind, müssen dieselben entweder auf ius civile oder ius honorarium beruhen, möglicher Weise bei derselben Obligation zum Theil auf dem einen zum Theil auf dem anderen Rechte. Dass die Quellen diesen Satz nirgends aussprechen, darf nicht befremden; auch in der modernen Literatur finde ich ihn erst bei Bekker.[5]

Dagegen dürfen wir allerdings fragen, wie die römischen Juristen zu der oben erwähnten Theorie gelangen

---

[4] Ob es angeht, alle klaglosen Obligationen auf ius naturale zurückzuführen, ist hier nicht zu untersuchen; man vgl. darüber Bekker im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Bd. IV S. 390—392.

[5] Im Jahrbuch Bd. IV S. 386, 387, 400—402; zustimmend Schwanert a. a. O. S. 484, 485, Brinz Pand. Bd. II § 219 zu N. 21 (2. Aufl.).

und bei derselben stehen bleiben konnten? Wahrscheinlich war ihnen die Zurückführung der klaglosen Obligationen auf das ius naturale vor Allem nahegelegt durch den hergebrachten und gewiss nicht aus klaren Erwägungen hervorgegangenen Namen *obligatio naturalis.* Was bei Betrachtung dieser Verhältnisse zunächst ins Auge fiel, war die Versagung der Klage. Daraus schloss man auf die Nichtanerkennung durch das positive Recht oder — anders ausgedrückt — auf die lediglich naturrechtliche Basis.

Die Theorie der Klassiker ist also nicht eigentlich unrichtig, nur ungenau und unzureichend. Als natural und als iuris naturalis bezeichneten sie die klaglose Obligation »nach dem, was ihr fehlte.«[6] Da gerade ihr Mangel dasjenige ist, was sie von allen übrigen Obligationen unterscheidet, trugen die Juristen kein Bedenken, nur dieses Merkmal bei der Bildung ihrer Theorie in Betracht zu ziehen. Die Einseitigkeit ihres Standpunktes wäre ihnen sicher zum Bewusstsein gekommen, wenn praktische Interessen sie genötigt hätten, nach der rechtlichen Grundlage der positiven Wirkungen zu forschen, die auch der Naturalschuld zukommen.

Bei der Actio wurde noch in spätclassischer Zeit gewissenhaft die civile oder praetorische Qualität betont, da diese für die Formelconception und was daran hängt, massgebend war. Die Qualität der Actio wurde dann weiter übertragen auf das durch dieselbe geschützte Rechtsinstitut. Weshalb bei den Naturalobligationen dergleichen Feststellungen unterblieben, ist durch das Fehlen der Klage zur Genüge erklärt.

---

[6] Dies gegen Schwanert a. a. O. S. 231.

An diesem Orte nachzuholen, was die römischen Juristen versäumt haben, liegt keine Veranlassung vor. Bekker[7] hat — allerdings nur mit wenigen Worten — auch diese Frage berührt und dabei den richtigen Weg gewiesen. Es wird genügen, hier nur beispielsweise einige Punkte hervorzuheben.

Wie Marcian in der oben mitgetheilten Stelle berichtet, kann eine Hypothek wirksam auch für eine Naturalobligation bestellt werden. Ist dies ein Satz des civilen oder des praetorischen Rechts? Bekanntlich verdankt die Hypothek ihre Entstehung der Proponirung einer praetorischen Klagformel. Darnach gilt den Römern das Pfandrecht mit allen dasselbe betreffenden Normen als praetorisch, und so denn ohne Zweifel auch der von Marcian ausgesprochene Satz, welcher von den Voraussetzungen des Pfandrechts handelt und die klaglose Forderung als genügende Basis der Hypothek anerkennt.

Ein anderes accessorisches Verhältniss, die Fideiussio gehört dem ius civile an. Wenn nach l. 16 § 3 D. de fid. (46, 1) die Schuld, für welche der Stipulationsbürge eintritt, auch eine klaglose sein kann, so ist diese Wirkung der Naturalobligationen auf Grund derselben Erwägung, die im vorigen Falle Platz griff, dem ius civile zuzuweisen, d. i. demjenigen Rechte, welches überhaupt die Voraussetzungen der Fideiussio normirt.

Eine Wirkung, die fast allen Naturalobligationen zukommt, ist die soluti retentio, der Ausschluss der condictio indebiti, wenn ein Naturalschuldner erfüllt hat. Alle Condictionen sind Klagen des ius civile und dem-

---

[7] A. a. O. im Jahrb. Bd. IV S. 401.

selben Rechte gehört auch der eben erwähnte Ausnahmesatz an. Dass der mit der Condictio Belangte eine praetorische Exceptio erbitten musste, um sich vor Verurtheilung zu schützen, ist nirgends gesagt; vielmehr heisst es in den Quellen[8] einfach *repeti non potest, repetitio non est*, wenn der Kläger eine Naturalschuld getilgt hatte.

Diese Beispiele dürften hinreichen zur Rechtfertigung der obigen Behauptung. Sie zeigen, dass die positiven Wirkungen der klaglosen Obligationen auf dem ius utrumque beruhen und auch von den römischen Juristen nicht auf Naturrecht zurückgeführt wurden.

Veranlasst war unsere Betrachtung der Naturalobligationen durch die auf S. 43, 44 mitgetheilten Aussprüche von Ulpian und Marcian, welche scheinbar neben ius civile und ius honorarium noch ein drittes System, das ius naturale anerkennen. Wie sich gezeigt hat, steht letzteres zu allem positiven Recht im Gegensatz, ist daher überhaupt kein ius im eigentlichen Sinne des Wortes. Die kritische Betrachtung der von den römischen Juristen vertretenen Anschauung über das ius naturale als Quelle der klaglosen Obligationen hat demnächst zur Frage geführt, wo denn die rechtliche Grundlage der diesen Obligationen eigenthümlichen Wirkungen zu suchen sei. Was darauf geantwortet wurde, steht im vollen Einklang mit der früher aufgestellten Behauptung, derzufolge alles Privatrecht der Römer entweder ius civile war oder ius honorarium.

[8] Citate bei Brinz Pand. II § 221 N. 1; vgl. auch Schwanert a. a. O. S. 191—198.

§ 6. Das sog. ius extraordinarium.

Den Lehrsatz von der dualistischen Gestaltung des römischen Rechts, der bis dahin in der Literatur allgemein angenommen war, hat zuerst Rudorff in einzelnen Noten zu Puchtas Institutionen als ungenügend bezeichnet. Statt der Zweitheilung wird für das Recht der Kaiserzeit eine Dreitheilung in Vorschlag gebracht. Zum ius civile und ius honorarium als dem Rechte der Republik, welches nach römischer Anschauung das ius ordinarium des Staates gewesen und immer geblieben sei,[1] soll unter den Kaisern eine dritte Rechtsmasse, das ius extraordinarium hinzu gekommen sein. In der »Röm. Rechtsgeschichte« hat Rudorff die neue Eintheilung ausführlicher dargelegt; im Edictum perpetuum begegnet sie ziemlich häufig als systematischer Gesichtspunkt, den Julian bei der Stoffanordnung verwertet haben soll.

Dem neuentdeckten ius extraordinarium hat es an Beifall nicht gefehlt; fast in allen rechtsgeschichtlichen Werken jüngeren Datums[2] spielt es seither eine Rolle,

---

[1] Vgl. Rudorff Röm. Rechtsgeschichte Bd. II § I Anm.

[2] Vgl. Müller Institutionen S. 724, Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 82 N. 5 (S. 190), auch § 71 (S. 111), Bekker Aktionen Bd. II S. 190, 191, Brinz Pandekten Bd. I § 91 S. 307 (2. A.), Esmarch Röm. Rechtsgeschichte § 117—120 (2. Aufl.), Krüger im Archiv f. civilistische Praxis Bd. 62 S. 500, Pernice bei Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie Bd. I S. 134 (4. Aufl.), auch Lenel Edictum perpetuum S. 30, § 70 (S. 146).

die bedeutendste in Kuntzes Cursus und Excursen, wo Rudorffs Ideen in selbständiger Weise und in ausführlichster Darstellung entwickelt sind. Nur eine widersprechende Stimme kenne ich, die des Recensenten der »Röm. Rechtsgeschichte«. Stintzing[3] hat schon vor Jahren — freilich ohne rechte Begründung und darum ohne Erfolg — Nutzen und Berechtigung der neuen Classification bestritten und derselben Unklarheit vorgeworfen. Aufgabe der folgenden Erörterung soll es sein, Stintzings ablehnendes Urtheil nach allen Seiten zu rechtfertigen.

Was versteht Rudorff unter ius extraordinarium? Seine eigenen Worte bei Puchta[4] sind: Im Gegensatz zum civilen und praetorischen Recht enthält das ius extraordinarium »das neue Recht der Leges-Constitutionen (?) und späteren Jurisprudenz, der Papiniansmasse«. Damit im Wesentlichen übereinstimmend ist die in der »Rechtsgeschichte«[5] gegebene Begriffsbestimmung. Jus extraordinarium — heisst es dort — werde die »neue vom Kaiser, seinem Juristenconsilium und Parlament (? Senat)[6] ausgehende Rechtsbildung« genannt, weil sie »extra ordinem, ausser und nach der altrepublikanischen Rechtsordnung des ius civile und honorarium entstanden ist.«

---

[3] In der Heidelb. krit. Zeitschrift Bd. V S. 323, 324 (1859); gegen Kuntzes Annahme eines besonderen Systems des Soldatenrechts auch Fitting Das castrense peculium § 1 N. 7 (S. 7).

[4] Institutionen Bd. I § 104 N. uu (S. 290), § 176 N. c (S. 543 — 9. A.)

[5] Bd. I § 5 S. 11—13, dazu § 30 N. 43, § 61 S. 149, § 62 S. 153, § 75 S. 192, 193, Bd. II S. 4 Anm. S. 10.

[6] Vgl. Röm. Rechtsgeschichte Bd. I § 45 über den Senat, insbesondere S. 107: »die zu einem Parlament vereinigte, in einem Album verzeichnete Pairie.«

Im Gebiete des Strafrechts gehören diesem Ius die extraordinaria crimina und animadversio an, von den Civilansprüchen die persecutiones oder cognitiones extraordinariae; die Processform des ausserordentlichen Rechtes sei die iurisdictio extraordinaria der kaiserlichen Beamten gewesen. »In der Stille herangereift« soll dieses ius extraordinarium »seit Papinian und Paulus als dritter Rechtstheil im Rechtsunterricht und den Codificationen bestimmt hervortreten.«

Diesen Aeusserungen zufolge ist Rudorffs Theilungsgrund in der Entstehungsquelle der Rechtsnormen zu suchen. Wie die Lex und was sonst schon in republikanischer Zeit legis vicem optinet das ius civile, wie die Jurisdictionsgewalt der Magistrate das honorarische Recht erzeugt, so die Kaiserconstitutionen, Senatusconsulte und die »spätere Jurisprudenz« das ius extraordinarium. Nicht — wie Bekker[7] meint — nach dem Verfahren, das diesem Rechte eigen ist, nicht weil hier der Geschwornenspruch in Civil- und Strafsachen hinwegfällt, führt Rudorffs »dritter Rechtstheil« den mehrerwähnten Namen, sondern weil er »ausser und nach der altrepublikanischen Rechtsordnung entstanden ist.«

Von diesem Standpunkte aus verstehen wir auch, wieso in dem reconstruirten Edictum perpetuum[8] die Rubrik »Ius extraordinarium« wiederholt Klageformeln, die doch dem ordentlichen Verfahren angehören, vorgesetzt werden konnte. Es gibt eben nach Rudorff Institute des ausserordentlichen Rechts, denen ausnahmsweise Formularprocess, nicht cognitio extraordinaria eigen-

[7] A. a. O. Bd. II. S. 191.

[8] Vgl. pag. 269—274 im Rubrikenverzeichniss, im Werke selbst §§ 60, 63. 109, 133.

thümlich war. Schwerer fällt es eines anderen Umstandes wegen den Zweifel zu unterdrücken, ob der in der »Rechtsgeschichte« (1857) aufgestellte Begriff noch im Edictum (1869) festgehalten ist. In dem neueren Werke [9] sind nämlich — wie es scheint — neben den Constitutionen und Senatusconsulten auch Leges der Kaiserzeit als Quelle des ius extraordinarium anerkannt, die in den früheren Schriften noch nicht genannt werden.

Kuntze, [10] nach Rudorff der eifrigste Apostel der neuaufgestellten »Trichotomie des Privatrechts«, identificirt gleich diesem ohne Weiteres einerseits das »ius novum«, von dem einige klassische Juristen reden, andererseits die sog. Papiniansmasse mit dem extraordinären Rechte. Genau definirt wird dasselbe nirgends, wohl aber gelegentlich [11] als das »kaiserliche Recht« oder »kaiserliche Rechtssystem« bezeichnet. Als Quellen werden uns genannt [12] »vorzugsweise« die neueren Senatusconsulte und Kaiserconstitutionen. Indess ergiebt die in den Excursen [13] enthaltene Zusammenstellung der extraordinären Institute, dass Kuntze noch andere Quellen der dritten Rechtsmasse anerkennt. Als solche werden noch aufgeführt einzelne Leges, die Jurisprudenz, die Praxis, das Gewohnheitsrecht, also überhaupt alle in der Kaiserzeit lebendigen Quellen mit einziger Ausnahme der praetorischen Jurisdiction.

---

[9] Edictum §§ 108, 109, 133, 167.

[10] Cursus des röm. Rechts §§ 297, 298, 339, 367 (2. Aufl.), Excurse S. 313, 317, 318, 375 (2. Aufl.); vgl. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 6 N. 2 und zu Puchta Institutionen Bd. I § 104 N. uu (S. 290).

[11] Im Cursus § 368, in den Excursen S. 318.

[12] Cursus § 297 S. 186.

[13] Zu § 339 S. 374—385.

Damit stimmt freilich nicht recht überein, was derselbe Schriftsteller in einer neueren Abhandlung[14] äussert, wo er die Quellen des ius ordinarium und extraordinarium unterscheidet und zu den ersteren nebst den Edicten die Leges, Plebiscita und Responsen stellt, zu den letzteren nur die Senatsbeschlüsse und Kaiserconstitutionen. Wahrscheinlich will er aus den letzterwähnten, erst unter dem Principat hervorgetretenen Quellen regelmässig, hingegen aus den schon der Republik bekannten nur ausnahmsweise extraordinäres Recht hervorgehen lassen.

Gegen die Annahme übrigens, als ob »Alles, was in der Kaiserzeit zum Vorschein kommt«, zum ius extraordinarium gehöre, verwahrt sich Kuntze[15] ausdrücklich. »Vieles hängt sich« — wie er meint — »so unmittelbar an das System des ius ordinarium oder an Einzelnes aus demselben an, dass es eben als dessen Anhang und Ausfluss, nicht als Bestandtheil des ius extraordinarium gelten kann.« Sind die meisten unter dem Principat anerkannten Quellen fähig, bald ordentliches bald ausserordentliches Recht hervorzubringen, dann werden wir in den eben citirten Worten zugleich die Antwort auf die Frage finden müssen, wann ein in der Kaiserzeit hervorgetretener Satz dem einen, wann dem anderen Rechtstheil angehört.

Nach alledem dürfen wir den uns interessirenden Begriff vielleicht folgendermassen definiren: Extraordinär ist alles Recht, das von irgend welcher Quelle — den Praetor ausgenommen — unter den Kaisern erzeugt wurde, sofern sich dasselbe nicht als unmittelbare Fortbildung des altrepublikanischen Rechtes darstellt. Wie

---

[14] Der Provinzialjurist Gaius (Leipziger Decanatsprogramm 1883) S. 9; vgl. auch Cursus § 309 S. 195.

[15] In den Excursen S. 384.

mir scheint, ist der so bestimmte Begriff nicht ganz identisch mit dem von Rudorff in der »Rechtsgeschichte« aufgestellten. Letzterer hebt dort bestimmte Quellen hervor, die das ius extraordinarium erzeugen sollen, in den Kuntze'schen Excursen dagegen tritt dieses Moment ganz in den Hintergrund.

Auf die cognitio extraordinaria legt Kuntze [16] bei seiner Begriffsbildung eben so wenig oder noch weniger Gewicht als Rudorff. Nicht die Processart soll bestimmen, was zum ordentlichen und was zum ausserordentlichen Rechte gehört. Im Gegentheil, Sachen extraordinären Processes sollen diejenigen sein und darum auch cognitiones extraordinariae heissen, welche »Rechtsfragen des neueren ius extraordinarium enthalten.« Letzteres also hätte Wesen und Namen des Verfahrens bestimmt, nicht umgekehrt dieses die eigenthümliche Benennung des »dritten Rechtstheils« veranlasst. Dieser Anschauung gemäss zählt Kuntze auch solche Institute zu den extraordinären, für welche zweifellos Formularprocess vorgeschrieben war. [17] So lässt er [18] beispielsweise das System der lex Julia et Papia Poppaea »die Grundmauern des ius extraordinarium« bilden, obwohl es als sicher gelten kann, dass der caducum vindicans und der ereptor ihre Ansprüche im ordentlichen Processe per concepta verba durchzuführen hatten. [19]

---

[16] Vgl. Cursus § 356, 639, Excurse S. 408, auch S. 318.

[17] A. A. — wie es scheint — Esmarch a. a. O. § 117 S. 333.

[18] Excurse S. 382, 383.

[19] Vgl. Gai. II. 207, Ulp. XVII. 2, XIX. 17, XXV. 17, Fragm. de iure fisci § 3, Vat. 195, l. 5 D. de vulg. subst. 28, 6 (interpolirt; vgl. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. VI S. 405), l. 60 § 1 D. de cond. 35, 1 (interpolirt; vgl. Rudorff a. a. O. S. 408,

Wie Kuntze sich das Verhältniss des neuen kaiserlichen zu dem Rechte der Republik denkt, ist aus verschiedenen Aeusserungen ersichtlich. Rudorff folgend anerkennt er[20] das ius extraordinarium als »dritte Masse«, »dritten Theil des Privatrechts«, spricht von einer »Trias historischer Schichten«, einer »Trias der Quellenkreise«, fügt mithin das extraordinäre Recht der bekannten Unterscheidung von ius civile und ius honorarium als drittes Glied ein. Was es bedeuten soll, wenn daneben einmal[21] bemerkt wird: »im Gebiete des ius extraordinarium gab es von vornherein den Gegensatz des civile und honorarium nicht«, ist mir nicht völlig klar geworden. Wahrscheinlich nimmt der Verfasser einen inhaltlichen Gegensatz zwischen den civilen und honorarischen Normen an und will dann sagen: innerhalb des extraordinären Rechtes komme ein solcher Gegensatz im Charakter der Rechtsnormen nicht vor. Nahegelegt wird diese Auslegung durch den Satz, der den citirten Worten vorangeht und folgendermassen lautet: »Es ist unbeachtet geblieben, dass das wichtigste Verschmelzungsmoment (von ius civile und ius honorarium) in der Bildung eines dritten Systems gegeben war, welches zur Ausgleichung des alten Gegensatzes beitrug.«

Meine Berichterstattung über Kuntzes Theorie wäre

---

409 N. 3), l. 12 § 2 D. de fid. lib. (40, 5), l. 14 D. de iure fisci (49, 14), l. 1 § 14 C. de cad. toll. (6, 51); dazu Schneider Das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 137—139 (1837) und Huschke in den Krit. Jahrbüchern von Richter Jahrg. 1838 I S. 317, 318.

[20] Cursus § 339 (S. 215), § 367 (S. 235), Excurse p. VI, S. 313, 317, 384.

[21] Excurse zu § 339 S. 375.

unvollständig, wollte ich schliesslich nicht noch bemerken, wie oft und wie stark im Cursus[22] wie in den Excursen[23] das Vorhandensein eines inneren Gegensatzes zwischen den Normen des ius ordinarium einerseits, des ausserordentlichen Kaiserrechts andererseits betont wird. Gegenüber dem »auf nationalem Boden erwachsenen oder gezogenen Rechte (civile und honorarium)« bedeute das ius extraordinarium den »völligen Bruch mit dem nationalen Rechte Roms.« »Jeder der drei Schichten eigne ein besonderer Styl«, der des Kaiserrechts sei »nicht mehr rein antik, erwecke vielmehr in uns moderne Sympathien«; das »novum ius sei ein Recht moderner Art.«

Ehe wir darnach fragen, ob und in wie weit die hier in Kürze dargestellte Theorie den Quellen, insbesondere den Schriften der klassischen Juristen entnommen oder mindestens nach darin gegebenen Andeutungen genauer entwickelt ist, soll dieselbe zuvor vom logischen Standpunkt aus untersucht werden. Rudorff und Kuntze stellen ius civile, honorarium und extraordinarium als Glieder derselben Eintheilung neben einander. Zum ius utrumque der Republik soll unter den Kaisern ein »dritter Rechtstheil« hinzugetreten, »seit Papinian die neue Trias der Quellenkreise« eine feststehende Thatsache sein.[24] Kuntze unterwirft dieser Dreitheilung das römische Privatrecht, Rudorff unterscheidet ius ordinarium und extraordinarium auch auf dem Gebiete des Processes und des Strafrechts. Wir fassen hier nur das Privatrecht ins Auge.[25]

Was Rudorff in der »Rechtsgeschichte« als Ein-

---

[22] § 297 (S. 187), § 298 (S. 187), § 367 (S. 235).

[23] Pag. VI, S. 313, 375.

[24] Vgl. Kuntze Excurse zu § 297 S. 317.

[25] Vgl. oben § 4 S. 35.

theilungsgrund vorschweben mag, ist oben bereits gesagt. Dagegen dürfte es kaum möglich sein, die oft erwähnte »Trias« logisch zu rechtfertigen, wenn man den in Kuntzes Excursen entwickelten Begriff des Extraordinarrechts annimmt. Wer mit *ius civile* und *ius honorarium* dieselbe Vorstellung verknüpft wie die römischen Juristen, kann bei Festhaltung desselben Theilungsgrundes unmöglich das Kuntze'sche ius extraordinarium als drittes Glied anfügen. Ius civile ist den Alten das aus der Lex oder sonstigen Quellen, welche legis vigorem haben, entsprungene Recht, honorarisch das von den Jurisdictionsmagistraten gesetzte Ius. Darnach haben wir nun weiter zu fragen nach den Quellen des extraordinären Rechts. Genannt werden uns die bei Papinian in l. 7 pr. D. de I. et I. (1, 1) aufgezählten, Lex und was der Lex gleichsteht, woraus — wie die Stelle sagt — *ius civile* hervorgeht. Civilrecht und Extraordinarrecht sind mithin nach der Quelle nicht zu unterscheiden. Dann aber durften sie überhaupt neben einander nicht aufgeführt werden.

Weil die Lex grössere Tragweite hat als die Amtsgewalt des Praetors, bedeutet ius civile den Römern das an zeitliche und örtliche Schranken nicht gebundene Recht im Gegensatz zu dem in beiden Richtungen beschränkten ius honorarium. Wer dies bedenkt, wird sich auch mit Rudorffs Begriff des Extraordinarrechts nicht befreunden können. Soll letzteres ebenbürtig neben den beiden anderen Gliedern stehen, dann müsste es auch in der eben angedeuteten Richtung eine Besonderheit aufweisen. Und in der That ist es ein genauer Erwägung würdiges Problem, welche Kraft dem aus Constitutionen entspringenden Rechte zukam. Rudorff aber

geht darauf nicht ein und konnte darauf nicht eingehen, da ihm ius extraordinarium und Constitutionenrecht keineswegs identische Begriffe sind. Wäre ihm die Frage vorgelegt worden, ob sein Extraordinarrecht gelte wie ius civile oder wie ius honorarium, so hätte er im Sinne der ersteren Alternative entscheiden müssen, da er,[26] der gemeinen Ansicht folgend nicht nur vom Senatusconsult und dem Juristenrecht sondern auch von der Constitution lehrt, sie »stehe in Betreff ihrer Dauer und Allgemeingültigkeit der besten Form Rechtens, der altrepublikanischen Lex gleich.« Ist dem so, dann musste den Römern das ius extraordinarium der Neueren als Civilrecht erscheinen, im günstigsten Fall, wenn es überhaupt von dem republikanischen Rechte unterschieden wurde, als Abart des Civilrechts. Damit scheint mir die Unhaltbarkeit auch der Rudorff'schen Dreitheilung dargethan.

Kuntze wird zur Vertheidigung seiner Theorie vielleicht einwenden, sein Kritiker habe ihn völlig missverstanden. Wie bei der Begriffsbildung des Extraordinarrechts auf die Entstehungsquellen kein Gewicht gelegt sei, so denke er sich auch das ius civile nicht als durch Lex, das ius honorarium nicht als durch den Praetor erzeugtes Recht. Die drei Namen bezeichnen vielmehr drei historisch gegebene Massen von Rechtssätzen, deren Quellen ihn ebensowenig interessiren als die damit in Zusammenhang stehenden Unterschiede in der rechtlichen Geltung. Hervorheben wolle er nur den inhaltlichen Gegensatz der drei Massen. Das ius honorarium

---

[26] In der Röm. Rechtsgeschichte Bd. I § 45 S. 107, 108, § 62 S. 153, § 59 S. 141, 142.

sei in seinem Gesammtcharakter verschieden vom ius civile, und ebenso sei das ius extraordinarium ein Recht anderen Styls als das republikanische ius utrumque.

Kuntze stellt seine Theorie auf für die Zeit der späteren Klassiker. Papinian, Ulpian, Paulus und Marcian gelten ihm als Hauptvertreter seiner Trias, die nachclassische Periode seit Diocletian soll das Verständniss derselben wieder verloren haben [27] Was die römischen Juristen, u. z. auch die jüngsten (Papinian, Ulpian) unter ius civile und ius honorarium verstehen, ist oben bereits gesagt. Auch die modernen Schriftsteller (Savigny, Puchta u. A.) bedienen sich der beiden Ausdrücke in gleichem Sinne. Hält man es überhaupt für zulässig einen von den Römern überlieferten Terminus umzudeuten, dann würde man wenigstens erwarten, — zumal in einem Lehrbuch — hierauf aufmerksam gemacht zu werden. Wenn der Verfasser dies unterlassen hat, wird er auch über Missverständnisse nicht klagen dürfen.

Kuntze will mit seiner Trichotomie unsere Einsicht in den inneren Entwicklungsgang des römischen Rechtes fördern. Dabei betrachtet er den historischen Stoff von einem Gesichtspunkte aus, der — wie im Folgenden noch erwiesen werden soll — den Römern völlig fremd war. An und für sich ist dagegen gewiss Nichts einzuwenden. Der Geschichtschreiber aber, der Solches unternimmt, muss dem Leser sein Vorhaben sofort klar entwickeln. Thut er dies nicht, will er zudem wie Kuntze den Schein erwecken, als wäre seine Theorie aus den Quellen heraus gewonnen und gebraucht er gar noch Ausdrücke, welchen technische Bedeutung eigen ist, in ganz ungebräuchlichem,

[27] Vgl. Excurse S. 317, 384.

unhistorischem Sinne, dann wird er unsere Einsicht trüben, statt sie heller zu machen.

Sieht man ab von all diesen Bedenken, so bleibt noch die Frage, ob Kuntze mit seiner Dreitheilung sachlich das Richtige getroffen hat. Zweierlei ist dabei ins Auge zu fassen. Einmal ob das ius civile wirklich ein Recht einheitlichen Charakters ist, und ob das Gleiche auch gilt vom ius honorarium und ius extraordinarium? Und zum Zweiten, ob sich zwischen den drei Massen ein inhaltlicher Gegensatz nachweisen lässt? Beide Fragen glaube ich verneinen zu müssen.

Wie allgemein anerkannt ist, enthält das ius civile zwei heterogene Elemente, Sätze römisch-nationalen Ursprungs und Charakters und solche, die iuris gentium sind. Kuntze[28] selbst verdanken wir bemerkenswerte Aufschlüsse über den mos civitatis als Receptionscanal des ius gentium. Derselbe Dualismus, wenngleich minder scharf ausgeprägt, begegnet im Gebiete des honorarischen Rechts. Dass die unter die Rubrik »ius extraordinarium« gestellten Institute in gewissen Grundzügen übereinstimmen, soll nicht geleugnet werden. Nur wird sich später zeigen, dass das ius extraordinarium der Neueren den Römern überhaupt unbekannt war, und dass Kuntze[29] nach Willkür als extraordinär bezeichnet, was ihm dem Wesen nach unter diese Kategorie zu passen schien. Geht er doch so weit, sogar den Inhalt der Lex Atilia, eines Gesetzes aus der Zeit der punischen Kriege,[30] dem ausserordentlichen Rechte zuzuweisen.[31]

[28] In der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. IX (1867) S. 503-550.

[29] In den Excursen S. 374—385.

[30] Vgl. Lange Röm. Alterthümer Bd. II S. 614 (2. Aufl.).

[31] A. a. O. S. 379.

Mit der Verneinung der ersten Frage ist eigentlich auch die zweite bereits erledigt. Wenn wir innerhalb des Civilrechts strictes und freieres Recht unterscheiden müssen, so könnte von einem zwischen ius civile und ius honorarium obwaltenden Gegensatze selbst dann nicht die Rede sein,[32] wenn letzteres überwiegend oder ausschliesslich Sätze freierer Natur enthielte.

Kuntze[33] erblickt in den Instituten, die ihm als extraordinär gelten, eine »principielle Deviation von der nationalen Bahn des Römerrechts.« Gewiss richtig; allein unrömische Art tritt nicht erst in dem sog. Extraordinarrecht zu Tage, sondern früher schon in dem neueren ius civile und ius honorarium. Die formlosen civilen Contracte beispielweise sind nach der privatrechtlichen Seite um nichts mehr römisch als die Fideicommisse. Letztere würde ihrer inneren Structur wegen Niemand unter die besondere Rubrik eines Extraordinarrechts stellen, wenn ihnen nicht extraordinaria cognitio eigenthümlich wäre. Dass die Abweichungen von den nationalen Rechtsprincipien unter den Kaisern bedeutender und zahlreicher sind als in früherer Zeit, soll nicht geleugnet werden. Damit scheint mir indess die Aufstellung einer besonderen Kategorie keineswegs gerechtfertigt.

Wollte Kuntze durchaus eine Dreitheilung aufstellen unter Verwertung der vorhandenen inneren Gegensätze zwischen strictem, formalistischem und freiem, zwischen römischem und anationalem Rechte, dann hätte er Zeitperioden bilden und etwa altes, neues und neuestes Recht unterscheiden müssen. Mit dem *ius civile* und *ius*

---

32 Vgl. auch Bekker Aktionen Bd. II S. 263.

33 Excurse S. 375.

honorarium hat die Kuntze'sche Unterscheidung von verschiedenen Stylarten gar nichts zu thun; bei jener Eintheilung ist eben ausschliesslich die Verschiedenheit der Entstehungsquellen massgebend gewesen.

Die beiden Gelehrten, welche das ius extraordinarium als dritten Theil des römischen Rechts anerkennen, geben ihre Theorie nicht als eigene Erfindung aus, sie wollen dieselbe nach Andeutungen, die in den Quellen enthalten seien, entworfen haben. Rudorff[34] tadelt daher die Neueren, weil sie einen wichtigen historischen Gegensatz vernachlässigt hätten, und Kuntze[35] findet seine Trichotomie schon bei den jüngeren Klassikern ausdrücklich anerkannt. Seiner Ansicht nach hat Papinian das ius extraordinarium zur wissenschaftlichen Ebenbürtigkeit neben den alten Quellenkreisen erhoben; seit der Zeit dieses Juristen soll die neue Trias als Grundschema feststehen und in ihr soll »die rechtsgeschichtliche Anschauung der Römer selbst für alle Zeiten« beschlossen sein.

Diese und ähnliche Behauptungen müssen — glaube ich — Jeden in hohem Grade befremden, der mit dem einschlägigen Quellenmaterial einigermassen vertraut ist. In all den zahlreichen, oben auf S. 2—11 mitgetheilten Fragmenten von Juristenschriften und in den Kaiserconstitutionen aus verschiedenen Zeiten von der frühclassischen Periode an bis auf Justinian wird nirgends auch nur mit einem Worte auf jene angebliche Dreitheilung des römischen Privatrechts hingewiesen. Ueberall nur der Gegensatz von ius civile und ius honorarium, nirgends die Spur eines »dritten Rechtstheils.«

---

34 Rechtsgeschichte Bd. I § 5 S. 12, 13.

35 Excurse S. 317.

Fragen wir sodann, wie die Vertreter der »Trias« die lange Reihe direct entgegenstehender Zeugnisse zu beseitigen suchen, so kann die Antwort nur lauten: indem sie von denselben keinerlei Notiz nehmen. Andererseits scheinen die Vertheidiger der neuen Lehre doch gefühlt zu haben, wie dürftig das Beweismaterial ist, welches die Annahme eines ius extraordinarium positiv rechtfertigen soll. Um die Blösse zu verdecken, hat schon Rudorff einen eigenthümlichen Kunstgriff in Anwendung gebracht, der später auch Kuntze beim Ausbau der Theorie Dienste leisten musste.

Die Quellen reden nur höchst selten von einem *ius extraordinarium,* und auch der Ausdruck *ius ordinarium* kommt nicht allzu häufig vor. Viel öfter führen die klassischen Juristen ein *ius novum* zwar nicht im Munde, so doch im Sinne, indem sie gewissen neueren Gesetzen, Senatsbeschlüssen und Constitutionen das *ius antiquum* oder in gleicher Bedeutung das *ius civile* gegenüberstellen.[36] Dieses »neue Recht« wurde sofort zu Gunsten des ausserordentlichen Rechtes mit Beschlag belegt. *Ius novum* und *ius extraordinarium* sind nach der neuen Lehre nur verschiedene Ausdrücke für denselben Begriff. Und mehr noch: Bluhme hat die Ausscheidung einer Sabinus-, Edicts- und Papiniansmasse bei der Digestencompilation nachgewiesen. Der ersten Masse fielen die Schriften über das ius civile zu, der zweiten die über das ius honorarium; kein Zweifel also, dass die Papiniansmasse die Schriften über ius extraordina-

[36] Quellenbelege bei Puchta Institutionen I § 73 N. a. Ausdrücklich ist von *ius novum* die Rede bei Gaius in l. 1, 3 D. her. pet. (5, 3); vgl. auch Gai. II. 143, Pomponius l. 11 D. de suis et leg. (38, 16), Ulpian l. 1 § 8 D. ad S. C. Tert. (38, 17).

rium enthalten musste. Darnach ist auch das Recht der dritten Masse der Compilatoren identisch mit dem Extraordinarrecht. Treffen diese Behauptungen das Richtige, dann wäre freilich dem Mangel an Quellenmaterial gründlich abgeholfen.[37]

Zwischen ius extraordinarium und Papiniansmasse machen Rudorff und Kuntze ein Gleichheitszeichen ohne eine Rechtfertigung zu versuchen, wahrscheinlich also ohne sie für nötig zu halten; für die Identität von *ius novum* und Extraordinarrecht beruft sich Ersterer auf Gellius XII 13, 3, Letzterer beginnt im Cursus sofort damit, die beiden Ausdrücke durch ein »oder« zu verbinden. Quellenbelege zu diesem wichtigen Wörtchen fehlen.

Um sich zu überzeugen, wie wenig Papiniansmasse und ius extraordinarium zusammenhängen, lese man vorerst die in Kuntzes Excursen gegebene Zusammenstellung der extraordinären Institute. Sodann nehme man Hommels Palingenesie zur Hand und durchblättere etwa die Responsen- und Quaestionenwerke von Papinian und Paulus. Man wird in diesen Schriften, die ihrem ganzen Umfange nach zur Papiniansmasse gehören,[38] weder ausschliesslich noch auch nur vorwiegend Fragen des sog. Extraordinarrechts besprochen finden, häufiger vielmehr Institute des ius civile oder ius honorarium. Die Behauptung der beiden Gelehrten steht daher vollständig in der Luft.

---

[37] Die Stellen, wo Rudorff und Kuntze die im Texte referirte Ansicht vorbringen, sind oben in Note 10 angegeben.

[38] Vgl. Bluhme in der Ztschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. IV S. 453, 454, Krüger in den Additamenta zu Mommsens Digestenausgabe p. 55, 56.

Um Nichts besser ist die Gleichstellung von ius novum und ius extraordinarium begründet. Gellius an der citirten Stelle sagt: *Si aut de vetere, inquam, iure aut recepto, aut controverso et ambiguo, aut novo et constituto discendum esset...*

Stünde bereits fest, dass die Römer das aus Constitutionen hervorgehende Recht *(ius constitutum)* als extraordinär bezeichneten, dann wüssten wir so viel wenigstens, dass Gellius dieses Recht einmal ein *ius novum* nennt. Ob dieser Ausdruck ein technischer ist, bliebe dabei noch immer zu erwägen, und ferner auch, ob Gellius sich hier eines bei den klassischen Juristen eingebürgerten Sprachgebrauchs bedient. All diese Voraussetzungen, von denen die Beweiskraft der Stelle abhängt, dürften schwer zu erweisen sein, und Eines ist gewiss: weder die Juristen noch die Kaiser nennen jemals das Constitutionenrecht ein ius extraordinarium.

Die Neuheit ist ein so relativer Begriff, dass man vornherein annehmen darf, *ius novum* bedeute Verschiedenes im Munde verschiedener Schriftsteller, die nicht Zeitgenossen sind. Wenn freilich ein neuer Rechtssatz hervorsticht durch ungewöhnlichen, bisher unerhörten Inhalt, dann mag es wohl geschehen, dass er den Namen *novum ius* durch lange Zeit behält oder gar für immer, so lang er überhaupt in Geltung bleibt. Gesetze solcher Art, deren Inhalt von den Grundsätzen des bisherigen Privatrechts in auffallendster Weise abwich, waren in Rom die Lex Julia und Papia Poppaea, welche socialpolitischen und fiscalischen Tendenzen ihre Entstehung verdankten. Kein Wunder also, dass es üblich wurde, im Gegensatz zu den Julisch-Papischen Normen ein *ius antiquum* oder *ius civile* in diesem besonderen Sinne

anzunehmen.[39] Dagegen haben die Römer das Recht dieser Ausnahmegesetze meines Wissens trotz des wahrhaft ausserordentlichen Inhaltes niemals mit dem Namen eines ius extraordinarium belegt, — zum deutlichen Beweise, wie wenig ius novum und Extraordinarrecht zusammenhängen, und auf wie falscher Fährte sich Kuntze befindet, wenn er im Sinne der alten Juristen die einzelnen Institute je nach ihrem Geist und Charakter dem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechte zuweisen will.

Nachweisbar üblich war in den Schriften der späteren Klassiker die Unterscheidung eines *ius vetus* und *ius novum* auf dem Gebiete des civilen Erbrechts. Deutlichen Aufschluss über den Sinn dieser Eintheilung gibt besonders Gaius in l. 1, l. 3 D. de her. pet. (5, 3).[40] Wo sonst noch den neueren Senatusconsulten und Leges das alte Civilrecht (*ius civile* schlechtweg) gegenübergestellt wird, liegt schwerlich ein tieferer Gedanke zu Grunde, als der einer Vergleichung von jüngerem und älterem Rechte, wie sie schriftstellernde Juristen — jeder vom Standpunkt seiner Zeit aus — nicht ungern anstellen. In keinem dieser Fälle[41] wird übrigens das neuere Recht irgendwo als extraordinär bezeichnet.

Sind *ius novum* und Papiniansmasse einerseits, *ius extraordinarium* im Sinne der Römer andererseits wesent-

---

[39] Vgl. Gai. II. 206, Ulp. I. 21, XVII. 1, XVIII. 1, XXIV. 12, 13, 31.

[40] Aehnliche Aeusserungen anderer Juristen sind weiter unten (§ 7 S. 99) citirt.

[41] Vgl. Gai. II. 110, 143, 197, 198, 218, 220, 255, III. 63, 66, Ulp. XXII. 19, XXIV. 11a, 26 u. 27, Tryphonin in l. 19 § 3 D. de castr. pec. (49, 17), Marcian in l. 33 pr. D. de cond. et dem. (35, 1).

lich verschiedene Dinge, dann kann für uns ein grosser Theil jener Quellenzeugnisse ausser Betracht bleiben, welche Kuntze beim Aufbau seines Systems heranzieht. Was sodann noch übrig bleibt, ist wiederum keineswegs von gleichem Wert. In erster Reihe stehen diejenigen Fragmente, welche ausdrücklich von einem *ius extraordinarium* reden. Ihnen zunächst wären solche Stellen zu nennen, wo der Ausdruck *ius ordinarium* vorkommt, weil man daraus auf die Existenz eines ausserordentlichen Rechtes schliessen möchte. Rudorff und Kuntze greifen aber viel weiter aus. Jedes Quellenfragment, das die Worte *extra ordinem* enthält, scheint ihnen geeignet als Baustein für das ausserordentliche Rechtssystem. Die beiden Autoren haben dabei nicht recht bedacht, wie vieldeutig das *extra ordinem* sein kann. Thatsächlich fassen die römischen Quellen eine ganze Reihe heterogener Ordnungen ins Auge, ausserhalb welcher ein bestimmter Rechtssatz stehen kann. Dennoch ist sonderbarer Weise Rudorffs unkritisches Verfahren selbst von solchen Schriftstellern gebilligt worden, die sich der mühevollen und dankenswerten Arbeit unterzogen haben, den extraordinären Brei auf seine verschiedenen Bestandtheile hin zu prüfen.

Den zuerst von Bethmann-Hollweg[42] gewiesenen Weg hat jüngst auch Brinz[43] beschritten. Letzterer unterscheidet fünf verschiedene Bedeutungen von *extra ordinem*. Dann aber bemerkt er: »Aus all dem zusammen wird der Name und Begriff eines ausserordentlichen Rechtes, das ausser und nach der altrepublikanischen Rechtsordnung des ius civile und honorarium

[42] Röm. Civilprocess Bd. II § 82 zu Note 5—19.

[43] Pandekten Bd. I § 91 S. 305—307.

entstanden ist, hervorgegangen sein.« Mit diesen Worten ist Rudorffs und Kuntzes Methode zweifellos richtig gekennzeichnet. Es bleibt nur die Frage, ob auch die römischen Juristen so dachten oder mindestens so gedacht hätten, wenn zur Zeit, als die von ihnen angeblich gelegten Keime zur Entfaltung kamen, noch eine Jurisprudenz da gewesen wäre.

Unsere modernen Juristen betrachten es nicht selten als ihre Aufgabe, auszubauen, was die Römer nur begonnen hatten. Dem Dogmatiker, der für die heutige Praxis arbeitet, wollen wir dies Recht auch keineswegs verkümmern; allein im vorliegenden Falle gebührt nur dem Historiker eine Stimme. Letzterer aber muss sich die grösste Reserve auferlegen, wo er es überhaupt unternimmt, eine angeblich unterbrochene Entwickelung zu Ende zu denken. Die Gefahr einer Geschichtsfälschung liegt hier allzu nahe.[44]

Von den Quellenzeugnissen für die Annahme eines Extraordinarrechts theile ich der angedeuteten Reihenfolge gemäss diejenigen zuerst mit, welchen dem Anscheine nach unmittelbare Beweiskraft zukommt. Ausdrücklich erwähnt ist ein *ius extraordinarium* in den juristischen Quellen nur an zwei Stellen, einmal von Ulpian in den Digesten, einmal im Codex. Nahezu gleiches Gewicht kommt einer zweiten Aeusserung Ulpians

[44] Ich gestehe, nicht zu begreifen, weshalb, wie Kuntze Excurse S. 318 behauptet, eine richtige Construction gewisser Institute des spätrömischen Rechtes nur Demjenigen möglich sein soll, der als »Basis das wirklich neue System« des Ius extraordinarium annimmt. Meines Erachtens ist es eine falsche Methode, bei Construction des Einzelnen auf irgend welches »System« Rücksicht zu nehmen. Diese Manier raubt von vornherein die erforderliche Unbefangenheit.

und einem Fragmente aus Marcians Institutionen zu. Die Kuntze'sche Dreitheilung insbesondere scheint Bestätigung zu finden in einer erst von Justinians Compilatoren verfassten Stelle des kaiserlichen Institutionenwerkes.

Ulpian lib. VI ad edictum in l. 10 D. de V. S. (50, 16):

»Creditores« accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione.

Ulpian lib. XLIX ad Sab. in l. 178 § 2, 3 D. eod. (50, 16):

»Actionis« verbum et speciale est et generale .... »persecutionis« verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii exsecutionem (§ 2). Hoc verbum »debuit« omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio (§ 3).

Marcian lib. II institutionum in l. 7 D. de lege Corn. de fals. (48, 10):

Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili neque iure praetorio neque extra ordinem computantur.

Imp. Alexander in l. 5 C. de priv. fisci (7, 73):

Pecunia, quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex iusta causa fisco restituenda erit, sine usuris

debetur, quia non fenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario iure aufertur.[45]

Justinian in § 3 J. de testam. ord. (2, 10):

Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.

In der einzigen Juristenstelle, welche in der hier mitgetheilten Fassung ein *ius extraordinarium* erwähnt, steht gerade das uns interessirende Wort kritisch nicht fest. Im Florentiner Codex lesen wir *exordinario,* eine alte von Mommsen verglichene Pariser Handschrift des Digestum novum hat *extraordinarie;* die Basiliken (II. 2, 10) erwähnen die *persecutio* gar nicht, sondern sprechen nur von der Schuld nach civilem und honorarischem Rechte (πολιτικῶς ἢ πραιτωρίως).

Nicht gerade bestärkt wird unser Vertrauen in die Richtigkeit der allgemein angenommenen Lesart durch das Fragment aus Marcians Institutionen. Dort hätte es ausserordentlich nahe gelegen, nach *nec iure civile neque*

---

[45] Zur Erläuterung der Constitution: Bas. IX. 9, 5, ferner l. 18 § 10, l. 19 — l. 21 D. de iure fisci (49, 14).

iure praetorio statt *neque extra ordinem* zu schreiben *neque extraordinario.* Wenn der Jurist das erwartete Adjectiv nicht gebraucht, so möchte man daraus schliessen, dass auch die jüngsten Klassiker ein ius extraordinarium nicht kannten.

Freilich lässt sich einwenden, Kaiser Alexander, ein Zeitgenosse Ulpians und Marcians bediene sich doch jedenfalls des angefochtenen Ausdrucks. So wahr dies ist, so wenig — glaube ich — zeugt die Constitution für Rudorff und Kuntze. Das Wort enthält sie allerdings, nicht aber den von diesen Gelehrten vertretenen Begriff. Vergessen wir nicht: das Extraordinarrecht soll eine dritte Rechtsmasse sein neben ius civile und honorarium. Auf dieses Recht wollen die Worte des Gesetzes sicherlich nicht anspielen; vielmehr stützt der Kaiser die darin enthaltene Entscheidung über das Recht des Fiscus, von dessen Privilegien der Titel VII. 73 handelt, auf einen zu Gunsten desselben bestehenden Ausnahmesatz. Dieses ius singulare des Fiscus, den Privilegialsatz nennt die Constitution ein *ius extraordinarium.*[16]

Dem Gesagten nach ist es sehr zweifelhaft, ob in den Quellen jemals ein Extraordinarrecht genannt ist, welches nur ungefähr die von Rudorff angegebenen Merkmale aufweisen würde. Freilich ist dessen Theorie damit noch nicht abgethan. Wenn auch der Name fehlt, der Begriff wenigstens könnte den Quellen immerhin bekannt sein. Es scheint sogar, dass Gründe dafür sowohl aus

[16] Vgl. auch Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 82 N. 5. In ähnlichem Sinne spricht Varro bei Gellius XIV. 7 von einem *ius extraordinarium* auf staatsrechtlichem Gebiete. Die Civilisten scheinen diese Stelle übersehen zu haben. Freilich passt sie schlecht genug zu Rudorffs Theorie.

l. 10, l. 178 § 2. 3 D. cit. wie aus l. 7 D. cit. zu gewinnen wären.

Zweimal sehen wir in diesen Fragmenten neben *ius civile* und *ius honorarium* als drittes Glied das *extra ordinem (computari* und *debere)* aufgeführt, einmal in l. 178 § 2, 3 D. cit. neben der *actio civilis* und *honoraria* die Fideicommissklage als Repraesentantin der *persecutio extraordinaria.* Die letzterwähnte Stelle gibt meines Erachtens den Schlüssel zum Verständniss auch der beiden anderen und zeigt zugleich, was die römischen Juristen unter *ius extraordinarium* verstanden, wenn sie diesen Begriff überhaupt gebildet haben.

Ulpian erklärt a. a. O. das Wort *Actio* und führt zwei verschiedene Eintheilungen der Klagen an. Er unterscheidet zunächst actiones in rem und persönliche Klagen, sodann Actionen in einem anderen Sinne gegenüber den Persecutionen. Unter letzteren versteht er Extraordinarpersecutionen; im Gegensatz dazu stehen alle Klagen, *quae habent iuris ordinarii exsecutionem,*[17] d. h. welche im ordentlichen Processe per formulas geltend gemacht werden. Im nächstfolgenden § 3 wiederholt der Jurist gelegentlich der Erläuterung des Wortes »*debuit*« die zweite Eintheilung, nur nennt er an diesem Orte statt der Klage des Ordinarverfahrens die beiden Unterarten, *actio civilis* und *honoraria.* Darnach dürfte es kaum zweifelhaft sein, von welchem Gesichtspunkt aus Ulpian an zweiter Stelle die Klagen unterscheidet: nicht nach der Rechtsquelle, sondern nach der Art des Verfahrens. Dass *actio civilis* und *honoraria* als Glieder

[17] Vgl. Puchta Institutionen Bd. I § 176 S. 543; anders Bekker Aktionen Bd. II S. 210.

dieser Eintheilung erscheinen, darf daran nicht irre machen. Ob die Klage dem einen oder anderen Rechtsgebiete angehört, ist bekanntlich für die Formelconception und damit für die Gestaltung des ganzen Verfahrens von nicht geringer Bedeutung.

Für die Annahme eines Extraordinarrechts neben dem *ius utrumque* bietet also das in Rede stehende Fragment keinerlei Anhalt, u. z. auch dann nicht, wenn dem Juristen im § 3 cit. eine Uebertragung der zunächst für die Actio aufgestellten Eintheilung auf die klagbare Obligation im Sinne liegen sollte.

Die zweite von Ulpian herrührende Stelle, l. 10 D. cit. spricht eben diesen Gedanken mit klaren Worten aus. Untersucht wird darin, wer mit Fug *creditor* genannt werden kann. Die Antwort lautet: Derjenige, welchem geschuldet wird *(debetur) ex quacumque actione vel persecutione.* Die folgenden Worte, welche wie l. 178 D. cit. eine Eintheilung der Klagen enthalten, scheinen durch die Erwägung veranlasst, dass ein *debere iure civili* vorliegen könnte, ohne dass doch ein im Processe wirklich realisirbares Forderungsrecht vorhanden wäre. War das ius civile einmal genannt, dann musste das ius honorarium folgen; mit Rücksicht auf die neben der actio erwähnte persecutio wird dann noch beigefügt das *extra ordinem* oder nach der Lesart der Druckausgaben das *ius extraordinarium.*

Angenommen nun, dieser letztere Ausdruck stamme wirklich aus Ulpians Feder, — was ja möglich ist — so wäre trotzdem noch kein Quellenbeleg gefunden, der sich für Rudorffs Begriff anführen liesse. Offenbar leitet der römische Jurist sein Extraordinarrecht ab aus der *persecutio extraordinaria.* Unter den römischen Begriff

würden also die extra ordinem zu verhandelnden Rechtssachen fallen, und nur diese; Rudorff dagegen und Andere mit ihm erklären die Processart ausdrücklich für unwesentlich.

Weiter fragt es sich, ob Ulpian doch wenigstens insofern mitbetheiligt ist an dem logischen Missgriff der Neueren, als er einen dritten Rechtstheil — wenn auch anderen Inhalts — neben das ius utrumque stellt. Einen römischen Juristen in einer Sache wie die vorliegende schuldig zu sprechen, wäre nicht gerade unerhört, zumal es sich um einen ersten, nicht weiter verfolgten und geprüften Versuch handeln könnte. Indess fehlt hiezu thatsächlich jeder Grund. Nichts liegt näher, als in unserem Fragmente denselben Gedanken ausgedrückt zu finden wie in l. 178 D. cit. Hier wie dort gibt Ulpian eine Eintheilung der Klagen, beziehungsweise der durch Klage geschützten Obligationen; nur der Unterschied besteht, dass dort *actio civilis, honoraria* und *persecutio extraordinaria* genannt sind, hier dagegen die Klagen nach *ius civile, honorarium* und *extraordinarium*. Ist aber in l. 10 D. cit. das civile und praetorische Recht ebenfalls nur insofern erwähnt, als im Bereiche der im Formularprocess zu verhandelnden Sachen die Angehörigkeit zur einen oder anderen Rechtsmasse processuale Unterschiede mit sich bringt, dann sind wir nicht genötigt, in unserer Stelle Klagen anerkannt zu finden, die weder dem ius civile noch dem ius honorarium angehören.

Nicht eine dritte Rechtsmasse also, die bezüglich der Entstehungsquellen und des Umfanges der Geltung von der civilen und praetorischen verschieden wäre, sondern drei verschiedene Processarten stellt der Jurist neben einander. Richtiger und genauer hätte er nur Klagen

des ordentlichen und ausserordentlichen Verfahrens unterschieden und bei dem ersten Gliede dieser Eintheilung als Unterarten vom processualen Gesichtspunkte aus die civilen und honorarischen Actionen genannt. Wie die Stelle allgemein gelesen wird, hat sie allerdings die falsche Theorie der Neueren wenn nicht hervorgerufen, so doch in sehr erheblicher Weise gefördert. Freilich wäre der neuen Lehre von Anfang an nicht so viel unverdienter Beifall zu Theil geworden, wenn man sich immer vor Augen gehalten hätte, dass die l. 10 D. cit. in Rudorffs Sinne interpretirt ein widerspruchsvolles, an und für sich unhaltbares Ergebniss liefert, welches überdies mit allen übrigen Quellenzeugnissen, deren es eine lange Reihe gibt, ganz und gar unvereinbar ist.

Wenn die hier gegebene Erklärung das Richtige trifft, dann sind Ulpians Klagen des ius extraordinarium processrechtlich und nur processrechtlich verschieden von allen übrigen Actionen. Den Namen entlehnt dieses, das Verfahren betreffende Recht nicht wie das ius civile und ius honorarium von dem Urheber,[48] sondern von seinem Inhalte. Extraordinär heisst es, wie l. 178 § 2 in f. D. cit. deutlich zeigt, darum, weil der Process, der es normirt, inhaltlich abweicht von dem bisherigen Verfahren, welches, insofern es für die Regel der Fälle bestehen blieb, nun als das ordentliche erschien.

Demnach steht ein Anspruch des *ius extraordinarium* (wie Ulpian den Ausdruck versteht) nicht etwa ausserhalb des *ius utrumque*; er muss vielmehr notwendig entweder iuris civilis oder iuris honorarii sein, und Dasselbe

[48] Das Civilrecht von der Bürgerschaft, die es beschliesst, das honorarische von den Magistraten, den Trägern der honores, welche es setzen.

gilt auch von den processualen Normen, welche das ausserordentliche Verfahren regeln.

Ohne einen logischen Fehler zu begehen, konnte der römische Jurist neben die extraordinäre die civile und honorarische Klage nur stellen, wenn er bei allen Gliedern dieser Eintheilung lediglich die Gestaltung des Verfahrens ins Auge fasste. Um zu erklären, wie so Ulpian dazu kam, *actio civilis* und *actio honoraria* ausnahmsweise in etwas abweichender Bedeutung zu gebrauchen, dazu bedarf es nur einer Verweisung auf das weiter oben (S. 15, 16, 48) Gesagte. Seitdem durch das Hadrianische Senatusconsult der Inhalt des Julian'schen Albums faktisch allgemeines Reichsrecht geworden war, lag die praktische Bedeutung der Unterscheidung von ius civile und ius honorarium nur mehr auf dem Gebiete des Processes. Nur im Verfahren per concepta verba war es der Formelfassung wegen noch immer von Wichtigkeit zu wissen, ob eine Actio im civilen oder praetorischen Rechte ihren Ursprung hatte. Dieselbe Frage auch für die der cognitio extraordinaria unterliegenden Fälle aufzuwerfen, hatten bereits die jüngeren Klassiker keinerlei Interesse, da die Unterscheidung hier praktisch unerheblich war.[49]

Zur Erläuterung des mitgetheilten Fragments aus Marcians Institutionen werden nun wenige Worte genügen. *Ius civile* und *ius praetorium* steht dort neben *extra ordinem* in demselben Sinne wie bei Ulpian. Auch Marcian denkt bei dieser Aufzählung nur an Klagen und deren processuale Unterschiede. Ohne Weiteres klar ist dies, wenn man Mommsens Verbesserungsvorschlag an-

[49] Ob es überhaupt iudicia extraordinaria des praetorischen Rechtes gegeben hat — was Savigny System Bd. V S. 65 verneint — ist an diesem Orte nicht zu untersuchen.

nimmt und statt *computantur* liest *consistere posse putantur*. Freilich müssen schon die Griechen die Stelle so gelesen haben, wie sie in der Florentinischen Handschrift lautet, da ein Scholion[50] von Dorotheus den uns interessirenden Satz folgendermassen paraphrasirt: οὔτε κατὰ τὸ πολιτικόν, οὔτε κατὰ τὸν πραίτωρα, οὔτε μὴν ἔξτρα ὄρδινεμ ψηφίζονται εἰς ἀριθμὸν προσώπων οἱ οἰκέται. Indess dürfte auch in der handschriftlichen Fassung Marcians Ausspruch nur so zu übersetzen sein: Sklaven können in keiner Weise mit ihren Herren processiren, da sie nicht als Person gelten *(computantur)*, d. h. da sie weder klagen können mit einer actio civilis noch mit actio praetoria noch auch extra ordinem.[51]

Es erübrigt noch eine von Kuntze[52] angezogene Stelle, § 3 I. de test. ord. (2, 10) in Betracht zu nehmen. Was darin über die Geschichte der Testamentsform erzählt wird, ist — wie aus dem Inhalte des Berichtes deutlich erhellt — nicht einem klassischen Schriftsteller entnommen, sondern erst von Justinians Compilatoren zusammengestellt. Diese nehmen wie Kuntze — allerdings nur für die Entwicklung der Testirform — eine »Trias von historischen Schichten« an, reden ausdrücklich von einem *ius tripertitum* und scheinen sogar zu bestätigen, was der erwähnte Gelehrte gelegentlich[53] über die Versöhnungsmission der Dreizahl äussert. Dennoch ist die Stelle ebenso wenig beweiskräftig wie alle übrigen.

---

[50] Bei Heimbach tom. V pag. 780.

[51] Vgl. noch Ulpian in l. 2 § 3 D. de her. vend. (18, 4) und l. 49 D. de V. S. (50, 16), Paulus in l. 34 D. eod., auch Pomponius in l. 70 (M. 72) § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

[52] Excurse S. 317.

[53] In den Excursen S. 375.

Justinians Trias wird gebildet aus ius civile, ius praetorium und Constitutionenrecht. Letzterem wird a. a. O. nicht nur der Name eines ius extraordinarium nicht beigelegt, es ist auch sonst durchaus nicht identisch mit dem von Rudorff und Kuntze aufgestellten Begriffe. Wie wir bereits wissen, ist nach der Ansicht dieser Schriftsteller die legislatorische Gewalt der Kaiser nicht die einzige Quelle des Extraordinarrechts, und andererseits gehört nicht alles von den Kaisern gesetzte Recht zur dritten Rechtsmasse.

Sodann braucht man die Stelle, deren schwülstige Breite unangenehm auffällt, nur zu lesen, um inne zu werden, wie stolz deren Verfasser darauf sind, ein dreigetheiltes Recht, ein *ius tripertitum* constatiren zu können. Dieses sonderbare Wohlgefallen an der gemachten Entdeckung wird erst verständlich, wenn wir uns erinnern, dass Justinian und dessen nicht minder abergläubische Gehülfen mit Zahlen zu spielen liebten, und dass gerade der Dreizahl eine besondere mystische Bedeutung zukam.[51]

Endlich scheint mir auch darüber kein Zweifel möglich, auf welchem Wege die Compilatoren zu ihrer Trichotomie gelangt sind. Bekanntlich wurde in nachklassischer Zeit das Constitutionenrecht als das einzige, welches aus noch lebendiger Quelle entsprang, dem alten in den Schriften der Juristen verarbeiteten Rechte gegenübergestellt und in besonderen Sammlungen vereinigt. Die Constitutionen bildeten so einen besonderen Bestandtheil des geltenden Rechtes im Gegensatz zum alten Ius. Indem nun die Compilatoren innerhalb des Juristenrechtes

[51] Belege dafür bei F. Hofmann in der Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. XI S. 342, 350; vgl. auch Ulpian in l. 1 § 2 D. de J. et J. 1, 1 (= § 4 J. de J. et J. 1, 1).

ius civile und ius honorarium unterschieden, hatten sie die gewünschte Dreitheilung des gesammten Rechtes mit leichter Mühe gewonnen.

Ist diese Ableitung richtig, dann wäre auch gezeigt, wie wenig die Justinianische Trias mit der von Kuntze aufgestellten zu thun hat. Während Letzterer seine Trichotomie bereits für das klassische Recht zur Anwendung bringt, haben die Verfasser der Institutionen ihr *ius tripertitum* erst dadurch hergestellt, dass sie von dem Gegensatz zwischen dem Rechte der klassischen und nachklassischen[55] Periode ausgehen.

Rudorff stellt in der Rechtsgeschichte[56] seinem Extraordinarrecht »das altherkömmliche, durch städtische Organe, namentlich durch Bürgerschlüsse und magistratische Justizgesetzgebung ausgebildete«, m. a. W. das civile und honorarische Recht als ius ordinarium gegenüber. In den Quellen, bei juristischen und anderen Schriftstellern kommt dieser Ausdruck thatsächlich vor; fraglich nur, ob in dem von Rudorff angenommenen Sinne. Hat das *ius ordinarium* etwas Anderes zu bedeuten, dann entfällt auch jeder Schluss daraus auf die Annahme eines Extraordinarrechts Seitens der alten Juristen.

In den gromatischen Schriften des Frontinus[57] ist wiederholt gesagt: *controversia est . . . ad ius ordinarium pertinebit* oder *controversiae nascuntur, quae iure ordinario finiuntur*.

Hier will, wie der Zusammenhang ergibt, *ius ordi-*

[55] Vgl. Müller Institutionen S. 719 N. 12.

[56] Bd. I § 5; vgl. auch I § 6 N. 2 und § 96, 97.

[57] Gromatici veteres (rec. Lachmann) S. 22 Z. 10, S. 24 Z. 1, Z. 4, 5, auch S. 16 Z. 4; dazu Rudorff in den Schriften der röm. Feldmesser Bd. II S. 229.

narium der ars mensoria gegenüber den Rechtsweg überhaupt bezeichnen. In dem gedachten Gegensatze erscheint dieser als der ordentliche Weg zur Erledigung von Streitigkeiten.

Suetonius, von der richterlichen Thätigkeit des Kaisers Claudius (c. 15) erzählend, berichtet: *alium . . . negantem cognitionis rem, sed ordinari iuris*[58] *esse, agere causam confestim apud se coegit.*

Schon auf Grund dieser Stelle können wir die rein processuale Bedeutung von *ius ordinarium* behaupten. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, ist der Sprachgebrauch der Juristen kein anderer als der des Sueton. Demnach würde Ulpians *ius extraordinarium* in genauer Correspondenz stehen zu dem Ausdruck, den wir jetzt betrachten. Weder dieser noch jener dient zur Bezeichnung von Rechtsnormen. Die Quellen kennen nur den Gegensatz des ordentlichen und ausserordentlichen Verfahrens, nicht auch den eines Ordinar- und Extraordinarrechtes. Zum Beweise folgen einige Fragmente aus Juristenschriften.

Ulpian in l. 3 D. de priv. del. (47, 1):

Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere: enim vero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit.

Marcian in l. 2 D. de fur. baln. (47, 17):

Sed si interdiu furtum fecerunt, ad ius ordinarium remittendi sunt.

---

[58] Demselben Ausdruck werden wir bei Sueton nochmals begegnen in einer Stelle, die weiter unten (S. 93) zu erwähnen ist.

Vgl. dazu Ulp. in l. 1 D. eod. (zum Theil = Coll. VII. 4, 1) und die bei Huschke Jurisprudentia zur Coll. l. cit. angeführten Stellen.

Marcian in l. 3 D. exp. her. (47, 19):

Divus Severus et Antoninus rescripserunt electionem esse, utrum quis velit crimen expilatae hereditatis extra ordinem apud praefectum urbi vel apud praesides agere an hereditatem a possessoribus iure ordinario vindicare.

Ulp. in l. 1 § 2 D. si ventris (25, 5):

coget eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.

Ulp. in l. 15 § 4 D. de re iudic. (42, 1):

Si rerum, quae pignoris iure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro, ipsos qui rem iudicatam exsequuntur, cognoscere debere de proprietate . . . . sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praeiudicare . . . nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti.

Paul. III. 5, 18:

In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam iure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat.

In all diesen Stellen ist unter *ius ordinarium* ungefahr Dasselbe zu verstehen wie bei Sueton; genauer ist die jedesmalige Bedeutung des Ausdrucks zu bestimmen durch Berücksichtigung des dazu in Gegensatz Gestellten. In den drei erstangeführten Fragmenten ist es das Criminalverfahren, bei Paulus die missio in possessionem

ex edicto divi Hadriani, bei Ulpian einmal die unmittelbare Execution eines praetorischen Befehls durch magistratische Machtmittel, das anderemal die summarische Cognition der die Pfändung vornehmenden Organe, wozu das *ius ordinarium*, d. i. das normale Civil v e r f a h r e n den Gegensatz bildet.

Der Strafprocess ist übrigens nicht etwa allgemein extra ordinem, sondern nur insofern, als nach neuerem Rechte der alte ordo (Paul. l. 8 D. de iud. publ. 48, 1), nämlich die Theilung des Verfahrens zwischen Magistrat und Geschworenen entfällt, oder die Competenz des richtenden Beamten eine extraordinäre ist.[59]

Wer der griechischen Institutionenparaphrase[60] III. 12, pr. und der westgothischen Interpretatio zu den Sentenzen des Paulus[61] (I. 5, 2, I. 13ª, 3, I. 15, 2) Glauben schenkt,[62] wird in einigen der oben mitgetheilten Fragmente das *ius ordinarium* und das *extra ordinem* nicht, wie es hier geschehen, auf die Art des Verfahrens, sondern lieber auf den Charakter des Gerichtes und auf die

---

[59] Vgl. insbesondere Ulp. l. 3 § 2 D. stell. (47, 20), dann Paul. I. 5. 2 mit der interpolirten l. 3. D. ad S. C. Turp. (48, 16); aus der Literatur etwa Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II § 81 S. 180—182, § 82 S. 190, 191, Danz Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts II § 196 (2. Aufl.).

[60] Dass Theophilus der Verfasser gewesen, bestreitet Ferrini im Vorwort (p. VII—XV.) zu seiner Ausgabe der Paraphrase (1884) mit beachtenswerten Gründen.

[61] Vgl. dazu auch noch Servius ad Vergil. Aen. II. 102 (Bruns Fontes pag. 321).

[62] So nach O. E. Hartmann Ueber das röm. Contumacialverfahren S. 215—220 Rudorff in der Röm. Rechtsgeschichte Bd. II § 2 S. 7, dazu Hartmann Ueber die röm. Gerichtsverfassung S. 1—7; vgl. aber Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II § 82 N. 12 und Bekker Aktionen Bd. II S. 200, 201 N. 40.

Gerichtszeit beziehen. Man wird auch nicht leugnen können, dass zuweilen schon bei klassischen Schriftstellern *extra ordinem* so viel heisst wie »ausser der Reihe«. In den obigen Stellen aber ist diese Deutung zum Mindesten nicht notwendig.

Für unseren Zweck genügt es übrigens, gezeigt zu haben, dass den Quellen ein *ius ordinarium* im Sinne eines die civilen und praetorischen Normen zusammenfassenden Rechtes ganz fremd ist. Es hat sich mithin auch die zuletzt betrachtete Gruppe von Stellen als untauglich erwiesen, für das Rudorff'sche Extraordinarrecht irgendwie Zeugniss abzulegen. Dagegen hat unsere oben entwickelte Auffassung des bei Ulpian und Marcian neben actio civilis und actio praetoria vorkommenden *extra ordinem* mittelbar Bestätigung gefunden. Das *ius ordinarium* des Suetonius und der Juristen stellt genau das Gegentheil dar des *ius extraordinarium* in l. 10 D. de V. S. (50, 16).

Wie früher schon bemerkt ist, verwerten Rudorff und Andere, die ihm folgen, zur Bildung ihres Begriffes eines Extraordinarrechts so ziemlich alle Aeusserungen der Quellen, die den Ausdruck *extra ordinem* enthalten. Ich müsste fürchten, selbst den geduldigsten Leser zu ermüden, wollte ich in der bisherigen Weise fortfahren und die noch erübrigende beträchtliche Anzahl von Stellen ebenfalls ausführlich besprechen, um schliesslich überall von Neuem zu versichern, dass kein Grund vorliege, aus dem *extra ordinem* ein Extraordinarrecht abzuleiten. Dem Quellenmaterial, welches für die neue Lehre noch beigebracht wurde, kann man — wie ich glaube — am besten gerecht werden durch Sonderung und Vertheilung in verschiedene Gruppen je nach den verschiedenen Be-

deutungen, die dem *extra ordinem* da und dort zukommen. Durch die Bemühungen der auf S. 69 genannten Schriftsteller ist übrigens diese Aufgabe nahezu gelöst. Es wird daher genügen, die einzelnen Gruppen hier kurz zu bezeichnen und die dazu gehörigen Belege in den Noten zusammenzustellen. Genauerer Betrachtung im Texte soll nur das *extra ordinem* jener Fragmente unterzogen werden, welches in den neuesten einschlägigen Arbeiten eine meines Erachtens unrichtige Deutung erfahren hat.

Die folgende Erörterung wird demnach anknüpfen an die Untersuchungen von Bethmann-Hollweg und von Brinz. Vorher will ich indess nochmals den Punkt bezeichnen, wo unsere Wege auseinandergehen. Trotz sorgfältigster Prüfung des Rudorff'schen Beweismaterials haben die beiden Gelehrten Eines, u. z. — wie mir scheint — etwas sehr Wesentliches übersehen. Die Quellen nämlich bieten nicht die geringste Stütze für die Construction eines ius extraordinarium, dessen Sphäre eben so weit reichen würde, als das sprachliche Anwendungsgebiet des Ausdruck *extra ordinem*. In Wahrheit ist das Rudorff-Kuntze'sche Extraordinarrecht ein willkürliches Product modernster Speculation, Nichts, wofür den Römern irgend welche Verantwortlichkeit zufiele, weder identisch mit dem problematischen *ius extraordinarium* Ulpians noch auch ein an sich lebensfähiger Begriff.

Nach dem Sprachgebrauch der klassischen Zeit ist *extra ordinem* vor Allem ein Processverfahren, das ohne Formel und ohne Zuziehung von Geschworenen durch einen Spruch des Magistrats endgültig erledigt wird.[63]

[63] Hieher gehören ausser den oben auf S. 71, 82, 83 mitgetheilten Stellen z. B. l. 47 (M. 46) § 1 D. de n. g. (3, 5), l. 12 pr. D. de rel. (11, 7), l. 14 § 2 D. eod., l. 7 D. mand. (17, 1), l. 56 § 3 D. eod.,

So viel wir wissen, ist übrigens nicht jede magistratische Cognition, der kein Geschwornengericht folgt, extraordinär, auch nicht die restitutio in integrum,[64] sondern hauptsächlich diejenige, welche einen wahren Rechtsstreit durch Urtheil beendigt oder doch nach neuerem Recht den vorher allein zulässigen Ordinarprocess ersetzt.[65] Innerhalb des Ordo steht auch das Interdictenverfahren, welches regelmässig in ein Iudicium ausmündet. Es bedarf daher keiner weiteren Erklärung, die Brinz[66] dennoch versucht, wenn Ulpian wiederholt [in l. 3 pr. D. ne vis fiat (43, 4), vgl. dazu l. 5 § 27 D. ut in poss. (36, 4), ferner in l. 1 § 2 D. de migr. (43, 32), l. 1 § 2 D. si ventr. (25, 5)] zum Interdict ein Verfahren *extra ordinem* in Gegensatz stellt.

---

l. 52 § 2 D. de a. e. (19, 1), l. 1 § 2. 7 D. de var. et extraord. cogn. (50, 13), pr. J. de succ. subl. (3, 12), § 8 J. de int. (4, 15), l. 3 C. de int. (8, 1); vgl. auch Gai. II 278, Ulp. XXV. 12 und Gell. XI. 18: *si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur.* Dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II. § 82 zu N. 13—15, Bekker a. a. O. Bd. II S. 190—198, dagegen mit Unrecht Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 1 Anm.

[64] Indess möchte ich dies — wegen l. 16 pr. D. de min. (4, 4) — doch nicht mit solcher Zuversicht behaupten wie nach Rudorff a. a. O. Bd. II § 1 Anm. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II S. 191, 192 und Brinz Pandekten Bd. I § 91 S. 305. Letzterer legt besonderes Gewicht auf l. 2 pr. D. ex quib. caus. (4, 6). Die Stelle würde vollen Beweis nur dann erbringen, wenn *extra ordinem* ein technischer Ausdruck mit feststehender Bedeutung wäre. Dem Callistratus l. c. erscheint als *ordo* die alte durch praetorisches Edict normirte Restitution. Jüngere Senatusconsulte und Constitutionen müssen Erleichterungen — wir wissen nicht, welcher Art — für einzelne Fälle gewährt haben, daher Demjenigen, der das neuere Recht in Anspruch nimmt, *ius dicitur extra ordinem* scil. edicti.

[65] A. A. Keller Civilprocess IV. Capitel.

[66] Pandekten Bd. I § 91 zu N. 12 u. 13.

Ausser in processualer Bedeutung, die man wohl als die normale bezeichnen kann, begegnet unser Ausdruck nicht selten in einem weit umfassenderen Sinne. Zur Bestimmung desselben kann uns ein Ausspruch von Ulpian und ein anderer von Maecian dienen. Ersterer (l. 16 pr. D. de min. 4, 4) lautet:

In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.

Und Maecian äussert sich über die missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa in l. 12 D. ut in poss. (36, 4):

Municipiis fideicommissum relinqui posse dubium non est. sed si non caveatur, adversus municipes quidem non dubitavimus ex hoc edicto iri in possessionem posse: ipsos vero municipes, si his non caveatur, non idem adsecuturos: sed extraordinario remedio opus erit, videlicet ut decreto praetoris actor eorum in possessionem mittatur.

Mag das Edict (bei Lenel § 173) die Fideicommisse erwähnt haben oder nicht, sicher ist, dass der Jurist nicht wegen der Fideicommissnatur[67] des Vermächtnisses, sondern im Hinblick auf die Qualität der die Mission begehrenden Person (des Municipiums) ein ausserordentliches Eingreifen des Praetors für notwendig erachtet. Der Erlass des Missionsdecrets ist sonst kein Act extraordinären Verfahrens; als ausserordentliche Hülfe erscheint

[67] Dies gegen Brinz a. a. O. Bd. I § 91 zu N. 12.

das Decret in unserem Fall nur aus dem Grunde, weil es gegen die Regel des Rechtes zu Gunsten eines Municipiums ergeht.

Ganz ebenso heisst bei Ulpian die in integrum restitutio ein *auxilium extraordinarium* nicht darum, weil das Wiedereinsetzungsverfahren mit einer Endentscheidung des Magistrats abschliesst, sondern weil die Restitution ihrer inneren Natur nach etwas Ausserordentliches ist, kein gewöhnliches Rechtsmittel, ja überhaupt kein Institut des *ius merum.*[68] Als *auxilium commune* durfte der Jurist die actio allenfalls bezeichnen wegen des ihr eigenthümlichen Ordinarprocesses; da aber daneben auch noch das *ius merum* zur Restitution in Gegensatz gestellt ist, kann — wie mir scheint — eine Erklärung des Ausdrucks *auxilium extraordinarium* blos durch Hinweis auf das Verfahren in Wiedereinsetzungsfällen nicht genügen.

Nimmt man noch die oben (S. 73) besprochene l. 5 C. de priv. fisci (7, 73) hinzu, so dürfte damit der Gebrauch des *extra ordinem* in einer Bedeutung erwiesen sein, welche die mannigfachsten Beziehungen umfassend, auch dem viel verwendbaren deutschen Worte »Ausserordentlich« zukommt. Extraordinär in diesem Sinne ist Alles, was wir abnormes, regelwidriges, Ausnahme-, Privilegialrecht nennen, ferner die Hülfe, welche der Praetor und der Kaiser unter besonderen Umständen gegen die Rechtsregel gewähren, auch wohl die actio utilis im Gegensatz zur directa u. dgl. mehr.

Irre ich nicht, so haben Bekker, Brinz und Kuntze

---

[68] Ich umschreibe das von Ulpian Gesagte, möchte aber nicht als Anhänger Puchtas wider Bekker Aktionen Bd. II S. 99, 100 N. 36 gelten.

das *extra ordinem* in manchen Stellen der Pandektenjuristen nicht selten in dem früher besprochenen processualen Sinne verstanden, während die Verfasser thatsächlich an die zweite allgemeinere Bedeutung dachten. So beispielsweise Ulpian nach Scaevola in einem bekannten Fragmente aus lib. I disputationum (l. 17 D. de R. C. 12, 1):

Cum filius familias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaevola extraordinario iudicio esse illi subveniendum.

Bekker[69] und Brinz[70] lassen Scaevola eine cognitio extraordinaria in Aussicht stellen. Wer dies annimmt, muss sich vor Allem an dem Ausdruck stossen, den der Jurist gebraucht. Dieser spricht von einem *iudicium*, nicht von einer cognitio oder persecutio. Iudicium extraordinarium aber als ein Verfahren ohne Formel wäre, wie Bethmann-Hollweg[71] richtig bemerkt, im Munde eines juristischen Klassikers eine contradictio in adiecto. Sodann ist zu erwähnen, dass l. 17 D. cit. demselben Buche der Disputationen angehört, aus dem auch l. 13 D. de O. et A. (44, 7) genommen ist. Die beiden Stellen könnten dicht neben einander gestanden haben, und Scaevola hätte also — vielleicht gegen Julians (l. 9 D. eod. 44, 7) Autorität — eine actio in factum auf Rückgabe des Darlehens gewährt. Für die Richtigkeit dieser An-

69 A. a. O. Bd. II S. 196.

70 A. a. O. Bd. I § 91 S. 308 zu N. 29 u. dazu S. 306 N. 15.

71 A. a. O. Bd. II § 82 N. 14 u. N. 5; vgl. auch Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II § 2 N. 18. Dagegen ist *actio extraordinaria, actio fideicommissi* nicht unerhört und nicht erst durch die Compilatoren in die Pandekten gesetzt; vgl. Bekker a. a. O. Bd. II S. 202, 203 N. 42, 43.

nahme spricht endlich in entscheidender Weise ein Digestenfragment, das wie l. 17 D. cit. Ulpian zum Verfasser hat. Aus l. 18 § 1 D. de iud. (5, 1) erfahren wir zunächst, dass die in l. 9 D. cit. aufgezählten Klagen nicht die einzigen sind, welche nach Julians Ansicht auch der filius familias anstellen durfte. Sodann fährt Ulpian fort:

unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret viaticulo suo non recepto.

Bedenklich und nicht genügend begründet scheint mir ferner die Ansicht Derjenigen, die ein Extraordinarverfahren angeordnet finden in l. 43 D. de R. V. (6, 1) von Paulus:

in factum actione petitori extra ordinem subvenitur, ut is qui hoc fecit restituere eos compellatur.

Das letzte Wort dieses Satzes zwingt ebenso wenig wie das *extra ordinem* zur Annahme einer Cognition ohne Iudicium,[72] während andererseits der Ausdruck *actio in factum* uns doch veranlassen muss, zunächst an ein Formularverfahren zu denken.

Weitere Belege aus den Quellen sind in der Note[73] angeführt.

---

[72] Anderer Ansicht sind Bekker a. a. O. Bd. II S. 196, 202 N. 43, Brinz a. a. O. Bd. I. § 91 N. 40 u. N. 15, Kuntze Excurse S. 384 N. 5, S. 408 N. 9.

[73] L. 1 § 1 D. de insp. ventre (25, 4), l. 1 C. vect. nov. (4, 62), l. 2 C. de inst. (6, 25), l. 4 C. de aed. priv. (8, 10), l. 14 § 2 C. de

Die soeben besprochene Bedeutung von *extra ordinem* umfasst natürlich alle übrigen, die man etwa aufstellen wollte. Dennoch hebe ich noch zwei weitere hervor, welche vielleicht schon der römische Sprachgebrauch aus dem allgemeinen Begriffe in bewusster Weise ausgeschieden hat. Wie oben schon bemerkt ist, versteht Rudorff unter *ordo* in dem Ausdruck *extra ordinem* »die altrepublikanische Rechtsordnung des ius civile und honorarium«, vor Allem also das diesen beiden Rechtsmassen angehörige Privatrecht und demgemäss unter ius extraordinarium einen dritten Rechtstheil, der auch Privatrecht umfasst. Durch die vorstehenden Ausführungen dürfte die Unhaltbarkeit dieser Begriffsbestimmung erwiesen sein. Dagegen wäre es vielleicht möglich, die Rudorff'sche Unterscheidung von ius ordinarium und extraordinarium auf das Gebiet des römischen Staatsrechtes zu übertragen, ohne dabei mit den Quellen in Widerstreit zu geraten.[74] Irre ich nicht, so bedeutet *ordo* in der That zuweilen die republikanische Staatsordnung. Als Belege für diese Behauptung können Sueton Tib. c. 31 und die

---

fid. 8, 41 (Kr. 40) und dazu insbesondere Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II § 82 N. 5, zur letztcitirten Constitution auch Mühlenbruch Die Lehre von der Cession § 44 N. 552 (3. A.); ferner Gell. XIV. 7, Sueton Vesp. c. 10, Domitian c. 8 und dazu Mommsen Staatsrecht Bd. I S. 20, 21 N. 1, Bd. II² S. 941 N. 1 (2. A.), Joh. Merkel Ueber die Geschichte der klassischen Appellation S. 64, 65, 71; endlich auch l. 50 § 1 D. de h. p. (5, 3), l. ult. D. her. inst. (29, 2), l. 52 pr. D. de a. vel. o. her. (29, 2), welche allerdings den Ausdruck *extra ordinem* nicht enthalten. Sehr unsicher ist ob l. 1 § 18 D. de exerc. a. (14, 1) hieher oder unter die Stellen der N. 63 gehört.

[74] Vgl. auch Mommsen im Vorwort zu Bd. II Abthlg. II des Staatsrechts (pag. VI). Allein Mommsens eigene Darstellung zeigt, dass kein Bedürfniss vorliegt, Rudorffs Terminologie anzunehmen.

bei Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II § 71 N. 91 gesammelten Stellen dienen.[75] L. 7 § 2 D. de off. proc. (1, 16) von Ulpian setze ich hieher:

Cum plenissimam iurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent.

Bei Sueton l. c. heisst es: *Cetera per magistratus et iure ordinario agebantur.*

Den von der Bürgerschaft gewählten *magistratus* stehen in l. 7 § 2 D. cit. wie bei Pomponius (l. 2 § 33 D. de O. J. 1, 2, dazu l. 2 § 19 D. eod.) die durch kaiserliche Ernennung besetzten Praefecturen als Extraordinarämter gegenüber.[76] Der *ordo,* den die beiden Juristen im Auge haben, ist ohne Zweifel die Staatsordnung der Republik.[77] Da in unserem Falle das Ausserordentliche, d. i. das kaiserliche Aemtersystem selbst wiederum fest organisirt war, dürfte das vage, vieldeutige *extra ordinem* hier mit Bewusstsein in der eben bezeichneten, genau praecisirten Bedeutung gebraucht sein.

---

[75] Freilich lässt Paul V. 5[a], 1 auch eine andere Erklärung zu, und Sueton Claud. c. 23 wie Vesp. c. 10 scheint eine andere Deutung zu verlangen; vgl. Dirksen Vermischte Schriften I S. 22—24, auch oben N. 73. Das *extra ordinem* bei Gell. XII. 13, 1 erklärt Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 944 N. 2, dem Joh. Merkel a. a. O. S. 69, 70 folgt — wohl mit Recht — aus der extraordinären Competenz der delegirenden Consuln; indess könnte der Ausdruck immerhin auch dadurch veranlasst sein, dass die genannten Magistrate regelmässig selbst cognoscirten und nur ausnahmsweise einen Iudex bestellten. Vgl. übrigens noch Mommsen a. a. O. Bd. I S. 20 N. 2.

[76] Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. I S. 7—11, Bd. II² S. 890—895, Pernice bei Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie Bd. I S. 134 (4. A.).

[77] Vielleicht auch in der Lex de imperio Vespasiani Z. 13 (Bruns Fontes pag. 129). Uebrigens ist eine andere Auffassung eben so gut möglich.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass *ordo* in den Quellen hie und da auf die regelmässige Geschäftszeit der Gerichte und auf die Reihenfolge bezogen wird, in welcher die angemeldeten Rechtssachen zu erledigen waren. Das für diese Annahme sprechende Zeugniss des Theophilus ist oben (S. 84) schon genannt. Ausser diesem führt Rudorff noch eine ziemliche Anzahl von Stellen an,[78] welche seines Erachtens ein *extra ordinem* in dem zuletzt angedeuteten Sinne enthalten. Eine Prüfung dieser Citate hat mich zumeist zu abweichenden Ergebnissen geführt. Daher sind einige der Rudorff'schen Beweisstellen in dieser Abhandlung schon in Note 63, 73, 75 und auf S. 82, 83 angeführt. Von den übrigen wären hier meines Erachtens insbesondere Paul. I. 5, 2, I. 13[a] 3, I. 15, 2, vielleicht auch Tacitus Annal. XIII. 51[79] und c. 3 C. Th. de off. com. (1, 10) zu nennen.

Damit glaube ich meine Kritik der Rudorff-Kuntze'schen Theorie vom ius extraordinarium abschliessen zu können. Wie das früher betrachtete hat auch das zuletzt untersuchte Quellenmaterial keinerlei Beweisgründe für die neue Lehre ergeben. Unser Resultat ist also ein rein negatives. Wir dürfen jetzt den Satz wiederholen, dass den Römern ein Extraordinarrecht im Sinne der Neueren weder dem Ausdruck noch der Sache nach bekannt war, ja dass die Aufstellung dieses Begriffes gar nicht möglich ist, ohne den Quellen in unerlaubter

---

78 Bei Puchta Institutionen Bd. I § 158 in f. (S. 464), in der Rechtsgeschichte Bd. II § 2, besonders N. 12—15. Ausser den oben in Note 62 genannten Schriftstellern ist hier noch Brinz Pand. Bd. I § 91 zu N. 18 u. 19 zu nennen.

79 Eine — wie mir scheint — unhaltbare Erklärung dieser Stelle bei M. Cohn Zum röm. Vereinsrecht S. 230, 231.

Weise Gewalt anzuthun. Es wird daher geraten sein, von Rudorffs Entdeckung ganz abzusehen und in Zukunft wieder auf Puchta in unverfälschter Ausgabe zurückzugreifen.

Eines erübrigt noch. Ausser Kuntze folgt Rudorffs Führung in Sachen des Extraordinarrechts noch eine Reihe anderer Schriftsteller,[60] deren Standpunkt hier anzugeben ist. Der Kuntze'schen Darstellung schliesst sich am engsten Esmarch an in der neuen Auflage seiner Rechtsgeschichte. Nur darin weicht er von seinen Vorgängern ab, dass er die cognitio extra ordinem als charakteristisches Merkmal der auf dem Gebiete des Extraordinarrechts entstandenen Ansprüche betrachtet.

Bekker in den Aktionen B. II S. 191 leitet den Begriff des ausserordentlichen Rechtes geradezu ab von dem Verfahren extra ordinem und beruft sich dabei — wie wir wissen, nicht ganz mit Recht — auf Rudorffs Ausführungen in der Rechtsgeschichte. Mit der Auffassung, die Letzterer in seinem Edictum voraussetzt, ist Bekkers Annahme völlig unvereinbar.

Pernice in einem Zusatze zur Quellengeschichte von Bruns erkennt richtig die rein processuale Bedeutung von *ius ordinarium*. Ein Extraordinarrecht nimmt er an in demselben Sinne wie Bekker, auf dessen Darstellung verwiesen wird. Dass Bethmann-Hollweg und Brinz sich ausdrücklich als Anhänger der neuen Lehre bezeichnen, obwohl ihre Untersuchungen eine schwache Seite derselben ans Licht gebracht haben, ist oben schon gesagt.

Lenel endlich legt — wie es scheint — in seinem neuesten Werke bezüglich des ius extraordinarium den

---

[60] Vgl. oben Note 2, welche die genaueren Citate enthält.

von Rudorff im Edictum angenommenen Begriff zu Grunde. Wie dieser weist auch er gewisse Ansprüche, für welche im Album Klageformeln proponirt waren, dem Gebiete des ausserordentlichen Rechtes zu.

Trotz dieser hier bemerkten Abweichungen im Einzelnen kehrt gerade der Hauptmangel der in Rede stehenden Theorie überall wieder. Niemand hat sich die Frage vorgelegt, wie denn das Rudorff'sche Extraordinarrecht neben ius civile und ius honorarium als ebenbürtiger Factor stehen und einen »dritten Rechtstheil« abgeben könne. Wer mit uns eine befriedigende Antwort auf diese Frage für ausgeschlossen hält, wird der neuen Lehre gegenüber kaum einen anderen Standpunkt einnehmen dürfen als den hier vertretenen; sein Urteil wird ein völlig ablehnendes sein müssen.

II.

Die Senatsgesetzgebung und das Constitutionenrecht.

---

§ 7. Die Senatusconsulte der Kaiserzeit.

Im Folgenden wende ich mich einem neuen Thema zu. Den Gegenstand der Untersuchung wird die Gesetzgebung der Kaiser bis zur Begründung der absoluten Monarchie bilden. Was darüber ausgeführt werden soll, steht nicht ausser Zusammenhang mit dem Vorhergehenden. Offenbar wäre unsere Aufgabe mit der Zerstörung eines unhaltbaren Begriffes — wie sie oben versucht wurde — nur dann vollständig gelöst, wenn wir uns entschliessen könnten, die vor Rudorff alleinherrschende Lehre, deren Hauptvertreter Puchta und Savigny waren, Punkt für Punkt zu unterschreiben. Solch vorbehaltslose Rückkehr zur älteren Theorie scheint aber nach Theodor Mommsens Forschungen auf dem Gebiete des Staatsrechts der Kaiserzeit nicht mehr möglich.

Erst die Untersuchungen dieses Gelehrten haben das Wesen des Principats als der obersten Magistratur des Reiches erschlossen. Ueber die vom Princeps ausgehende Rechtsbildung enthält schon der Commentar zu den Stadtrechten von Salpensa und Malaca und nun auch der

zweite Band des Röm. Staatsrechts die wertvollsten Andeutungen. Eine ausführliche Erörterung der Frage, inwiefern das Constitutionenrecht ius civile war, konnte natürlich in den genannten Werken nicht gegeben werden. Der Verfasser hat es sogar vermieden, das Problem in der hier gewählten Fassung überhaupt zur Sprache zu bringen. Dennoch dürfte es gelingen, zur Lösung der angeregten Frage Einiges beizutragen, wenn die Grundlage angenommen wird, die Mommsen gelegt hat. Vorher soll nur der Senatsgesetzgebung noch mit einigen Worten gedacht werden.

Die Aussprüche der klassischen Juristen über die Rechtsgültigkeit der Senatsbeschlüsse sind hinreichend bekannt; daher wird eine kurze Hinweisung genügen. Gaius (I. 4; s. auch I. 83, 84) sagt von ihnen: *legis vicem optinent,*[1] Pomponius (l. 2 § 9. 12 D. de O. J. 1, 2) und die Institutionen (I. 2, 5) lassen den Senat mit der Zeit an die Stelle der Volkscomitien treten, Papinian (l. 7 pr. D. de J. et J. 1, 1) endlich nennt die Beschlüsse dieser Körperschaft ausdrücklich unter den Quellen des ius civile. Mit diesen allgemein lautenden Zeugnissen stimmt überein, was uns über den Inhalt einzelner Senatusconsulte mitgetheilt wird. Nur einige Beispiele mögen hier genannt werden.

Wem der Senat Erbrecht gibt, der ist Erbe nach ius civile (heres); wer seine Klage auf einen Senatsbeschluss stützt, der hat actio civilis; eine Schenkung unter Ehegatten ist gültig gegen die allgemeine Regel, u. z. gültig nach ius civile, wenn die Voraussetzungen des im Jahre 206 p. C. erlassenen Senatusconsultes zu-

---

[1] Was diese Worte bedeuten, ist oben § 2 S. 13 bemerkt.

treffen. Letzteres bezeugt Ulpian ausdrücklich in l. 32 § 1 D. de don. i. v. et u. (24, 1); die civile Qualität des vom Senate gegebenen Erbrechts beweisen Stellen wie Gai. III. 32, l. 1, 3 D. de her. pet. (5, 3) von demselben Juristen, l. 11 D. de suis (38, 16) von Pomponius, l. 7 pr. D. de cap. min. (4, 5) und l. 3 D. unde leg. (38, 7) von Paulus, l. 2 § 4 D. eod., l. 1 § 8 D. ad S. C. Tert. (38, 17) von Ulpian (auch Fragm. XXVI. 7, 8) und der Institutionentitel III. 4. Das eine der beiden Fragmente von Paulus (l. 7 pr. D. cit.) ist auch darum bemerkenswert, weil darin die Bezeichnung Lex auf Senatsbeschlüsse ausgedehnt wird:[2]

ex novis autem *legibus* *et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt* *hereditatem senatus consulta* *matri et filio.*

Zu den actiones civiles stellt Gaius IV. 110 offenbar nebst den *ex lege,* auch die aus Senatusconsulten abgeleiteten Klagen, wenn er ihnen diejenigen gegenüberstellt, *quae ex propria praetoris iurisdictione pendent,* und sodann (IV. 111) erstere dem *ius legitimum* zuweist.

All diese Aeusserungen zeigen, wie grundlos die Theorie jener Gelehrten ist, welche die Senatsbeschlüsse der Kaiserzeit zur Quelle irgend eines vom ius civile verschiedenen, etwa des »Extraordinarrechts« machen wollten. Vielmehr werden wir an der alten Lehre, die nur

---

[2] Die Stelle ist bisher von den Meisten übersehen worden; vgl. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. I § 22 N. 14, der sich irrthümlich auf Gai. I. 85 beruft. Dieses falsche Citat steht — von den Herausgebern nicht gerügt — auch bei Puchta Inst. I § 106 N. d (S. 294—IX. A.). Richtig Kuntze Excurse S. 314 N. 6.

eines kleinen Zusatzes bedarf, festhalten müssen und sie folgendermassen ausdrücken: der Senat kann ius civile erzeugen, und er hat von dieser Befugniss in aller Regel auch Gebrauch gemacht, obgleich es ihm natürlich freistand, Recht von principiell minderer Geltung zu schaffen.

Ein ganz sicheres Beispiel einer durch Senatusconsult aufgestellten Rechtsnorm, die doch nur iuris honorarii[3] sein sollte, bietet das Trebellianum. Trotz Kuntzes[4] Widerspruch bleibt es dabei: der Universalfideicommissar ist — wie Eisele[5] und Lenel[6] nachgewiesen haben — ein successor honorarius; einen extraordinarius kennen die römischen Juristen nicht. Wie der bonorum possessor ist der Universalfideicommissar *heredis loco* (Marcellus in l. 44 § 1 D. ad S. C. Treb. 36, 1). Hätte ihm das Trebellianum die Klagen des Erben direct (nicht blos als utiles — Gai. II. 253) gewährt, so wäre er damit als Nacherbe anerkannt worden, und dem Fiduciar seine Erbenqualität mit der Restitution verloren gegangen. Dies gerade wollte der Senat verhüten. Das altcivile Princip: semel heres semper heres mochte man nicht beseitigen; nicht zum heres wollte man den Universalfideicommissar machen, nur gleichstehen sollte er einem Erben wie der längst bekannte bonorum possessor. Nichts

[3] Vgl. oben § 3 S. 18, 19.

[4] In den Excursen S. 376 N. 7.

[5] Die materielle Grundlage der Exceptio S. 98—102.

[6] Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 50, 51. Lenels Beweismaterial wäre leicht zu ergänzen, wozu hier nicht der Ort ist. — Der Wortlaut des S. C. Trebellianum in den Pandekten ist zweifellos interpolirt. Den Beweis will ich in einer besonderen Abhandlung erbringen.

lag daher näher, als die rechtliche Stellung des praetorischen Erben beim Universalvermächtniss einfach zu copiren. Diese Erwägung[7] erklärt meines Erachtens in befriedigender Weise die sonst auffällige Erscheinung eines successor honorarius[8] ex senatusconsulto.

Wenn Kuntze[9] neuestens mit Berufung auf die oben (S. 100) angezogene Stelle des Marcellus behauptet, der Senat und die Kaiser hätten nur loco heredum berufen können, und Gaius sei daher zu tadeln wegen der Gleichstellung der Senatusconsulte (u. Constitutionen) und der Civilrechtsquellen, so fällt dieser Tadel vielmehr auf den deutschen Gelehrten zurück, der den verfolgten »Provinzialjuristen« nicht »wissenschaftlich«, sondern einseitig wie ein Ankläger abschätzt und dabei eine Reihe der klarsten Quellenzeugnisse[10] ausser Acht lässt, welche die Ansicht des Gaius vollinhaltlich bestätigen. Unglücklicher hätte übrigens Kuntze a. a. O. sein Beispiel gar nicht wählen können. Ueber den Universalfideicommissar äussert sich nämlich Gaius (II. 251, 253) genau so wie Marcellus: *heredis loco est — utiles actiones quasi heredi et in heredem dare coepit.*

---

[7] Die auch Eisele a. a. O. vorschweben dürfte. Abweichender Ansicht sind E. Zimmermann Krit. Bemerkungen zu Eisele S. 24, Brinz in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XIV S. 210, Lenel a. a. O. S. 51, 52; vgl. noch Bekker Aktionen Bd. II S. 281, 282 und Schultze Privatrecht u. Process I S. 403—406.

[8] Hier möchte ich nur aufmerksam machen auf Gai. IV. 111, wo die Klagen Derjenigen, *qui heredis loco sunt,* also auch des Universalfideicommissars, zu den actiones praetoriae gezählt werden.

[9] In dem oben § 6 N. 14 angeführten Decanatsprogramm S. 10.

[10] Z. B. die oben auf S. 99 citirten Stellen von Pomponius, Paulus und Ulpian.

Es steht also fest, dass die Senatusconsulte Quellen des ius civile waren; nur darüber ist eine Controverse möglich, wann sie der Lex gleichgestellt wurden. Die gemeine Meinung [11] versetzt den Streit, von dem Gaius I. 4 *(quamvis fuerit quaesitum)* berichtet, in die Zeit der Republik; neuestens ist behauptet worden, [12] der Senat habe noch unter Nero und Vespasian die legislative Gewalt nicht besessen. E. Zimmermann und Brinz haben Letzteres wohl nur darum angenommen, weil sie keinen genügenden Grund fanden für die Erzeugung blos honorarischen Rechts durch den Senat. Wie mir scheint, unterstützen alle vorhandenen Zeugnisse die ersterwähnte Ansicht. Den Gründen, welche man bisher und zuletzt Lenel [13] angeführt hat für die Gesetzeskraft der Senatsbeschlüsse schon zu Beginn der Kaiserzeit, möchte ich nur Eines beifügen.

Die Darstellung des Pomponius im Enchiridion spricht — sofern man ihr überhaupt Glauben schenken will — deutlich für die herrschende Meinung. Der Jurist lässt die *cura rei publicae,* das *ius constituendi* vom Volke zunächst auf den Senat und dann erst auf den Kaiser übergehen, und dort, wo er alle Rechtsquellen nochmals zusammenstellt (in l. 2 § 12 D. de O. J.) nennt er wiederum die Senatusconsulte vor den Kaiserconstitutionen. Pomponius denkt sich also den Senat mit legislativer Gewalt ausgerüstet spätestens von der Zeit an, da die

---

[11] Vertreten von Zimmern a. a. O. Bd. I § 22, Puchta Institutionen Bd. I § 75 zu N. c. (S. 170), Böcking Einleitung in die Pandekten § 14 (S. 24 — 2. A.) und Anderen.

[12] Von Brinz a. a. O. S. 216, E. Zimmermann a. a. O. S. 24. Zweifelnd äussert sich Eisele a. a. O. S. 95.

[13] A. a. O. S. 49, 50.

Comitialgesetzgebung (unter Tiberius)[14] allmälig in den Hintergrund trat und bald gänzlich verschwand.

Seitdem die Institutionen des Gaius bekannt sind, hat man[15] die an der angeführten Stelle (I. 4) erwähnte *quaestio* auch in einem Fragment aus lib. XVI des Ulpian'schen Edictscommentars entdecken wollen. Brinz glaubt sogar aus den Worten der l 9 D. de leg. (1, 3): *non ambigitur senatum ius facere posse* schliessen zu können, dass noch im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit hieran gezweifelt wurde. Wenn wirklich Ulpians und Gaius' Aeusserung Dasselbe bedeuten, dann wäre dieser Folgerung kaum auszuweichen. Von einem Juristen der Severischen Zeit dürfte man schwerlich annehmen, dass er einer staatsrechtlichen Controverse noch gedenke, die schon unter den ersten Kaisern entschieden war.

Zweierlei wird man beachten müssen, wenn man zu ermitteln sucht, was Ulpian mit jenen aus dem Zusammenhang gerissenen Worten sagen wollte: einmal die Inscription der Stelle und sodann die Bedeutung, welche darin dem Ausdruck *ius* zukommt. Wenn es heisst, der Senat habe *ius* machen können, so ist damit ohne Zweifel jenes Recht gemeint, welches nach römischer Anschauung eigentlich allein diesen Namen verdient, also das ius civile. Man vergleiche nur mit unserer Stelle etwa Gai. III. 32 (= § 2 J. de b. p. 3, 9):[16]

Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor here-

[14] Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 846, 847

[15] So schon Gans Scholien zum Gaius S. 12, 13, dann u. A. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I § 45 N. 9, Brinz a. a. O. S. 216.

[16] Auch Ulp. XXIII. 6: *quam bonorum possessionem cum re, id est cum effectu habent, si nemo alius iure heres sit.*

des facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutionem principalem.

Nichts liegt näher, als anzunehmen, der Satz *senatus ius facere potest* sei unmittelbar hervorgerufen durch den Gedanken, dass des Praetors Macht so weit nicht reicht.

Damit wäre jedoch das, Ulpians Behauptung einleitende *non ambigitur* nicht genügend erklärt. Licht fällt auf diese Worte erst, wenn man bedenkt, dass im 16. Buche des Edictscommentars ausser der rei vindicatio und der Publiciana das Recht des Universalvermächtnisses (die hereditatis petitio fideicommissaria und die actiones utiles des Fideicommissars) besprochen war. [17] Ohne Zweifel hat das Trebellianische Senatusconsult den Juristen veranlasst, den in l. 9 cit. erhaltenen Satz niederzuschreiben. Dann aber war Ulpians Gedankengang aller Wahrscheinlichkeit nach folgender: »Niemand zweifelt daran, dass der Senat ius civile schaffen könne; doch hat ausnahmsweise das hier zu besprechende Trebellianum den Fideicommissar nur zum successor honorarius gemacht.« Wenn diese Auslegung richtig ist, darf l. 9 cit. nicht weiter als Parallelstelle neben Gai. I. 4 angeführt werden.

Zum Schluss noch eine Bemerkung gegen Kuntze. In der Anklageschrift wider Gaius (S. 9) wird dessen Definition der Senatsbeschlüsse unter die »Provinzialismen« gestellt. Allein von dem Senate der Kaiserzeit lässt sich mit Fug behaupten: *iubet atque constituit.* Wenn

[17] Vgl. Hommel Palingenesia t. III p. 101—106 und dazu Lenel Edictum § 59 N. 6, § 68 N. 6, § 69 N. 2.

Gaius trotz der täuschenden Redeform das Wesen der Sache richtig bestimmt und die Senatusconsulte nicht als Gutachten, sondern als Gesetze charakterisirt, so verdient er deswegen meines Erachtens eher Lob als Tadel. Uebrigens ist die als Provinzialismus gebrandmarkte Wendung auch in den klassischen Schriften durchaus nicht so unerhört. *Senatus consultum vetat, impedit* und Aehnliches kommt sehr häufig vor,[18] *senatus iubet* findet sich auch bei Paulus (l. 9 § 5 D. ad leg. Jul. pec. 48, 13), *senatus constituit* bei Ulpian (Fragm. XXIV. 28).

---

[18] Vgl. Brissonius De verb. signif. sub. v. Senatusconsultum.

§ 8. Ius civile aus Constitutionen.

Aehnliche Bedenken wie gegen die Senatusconsulte als Quellen des ius civile hat man neuestens auch gegen die Gesetzeskraft der Kaiserconstitutionen erhoben. Die unklare Theorie Rudorffs und seiner Anhänger, welche in den Kaisererlassen die Hauptquelle des ius extraordinarium erblicken, braucht hier nicht wiederholt, noch abermals widerlegt zu werden. Auch Kuntzes Versuch,[1] den Gaius eines Irrthums zu bezichtigen, weil er civiles Erbrecht (hereditas) aus den Constitutionen hervorgehen lasse, scheitert an dem Inhalt einiger Pandektenfragmente, die weiter unten mitgetheilt sind. Wie sich ergeben wird, ist die Ansicht des »Provinzialjuristen« auch die der übrigen Klassiker.

Ein Vorbehalt, der oben bei der Einreihung der Senatusconsulte unter die Quellen des ius civile gemacht wurde, ist auch hier bei den Constitutionen zu wiederholen. Zweifellos stand es in der Macht des römischen Princeps, Recht zu schaffen, das als ius h o n o r a r i u m gelten sollte. Die Absicht, dies zu thun wird man in der Regel dort annehmen dürfen, wo die Constitution einen praetorischen Rechtssatz interpretirt,[2] weiterbildet oder

---

[1] Vgl. oben § 7 S. 101.

[2] Dies hat Krüger im Archiv für civilist. Praxis Bd. LXII S. 500 richtig bemerkt, trotzdem aber das ius extraordinarium beibehalten. Auch darin irrt dieser Schriftsteller, wenn er meint, der von ihm ausgesprochene Satz könne als Argument dienen gegen die von mir an

abändert, so insbesondere, wo der Kaiser das Anwendungsgebiet einer praetorischen Klage über die im Edict gesteckten Grenzen hinaus erweitert. An Belegen für das eben Gesagte ist kein Mangel.

Die l. 3 § 5 D. de Carb. ed. (37, 10) enthält den Wortlaut eines Rescriptes von Hadrian über den Sinn und Zweck des Carbonianischen Edictes.

Eine Constitution desselben Kaisers verlangt analoge Ausdehnung des Carbonianum auf einen im Edict nicht vorgesehenen Fall (l. 1 § 14 D. de ventre 37, 9). Auf Grund dieser epistula Hadriani wurde dem Album eine neue Edictsclausel beigefügt (l. 3 § 3 D. ne vis fiat 43, 4).[3]

Gaius II. 120 und 126 erwähnt zwei Rescripte des Antoninus (Pius?),[4] deren eines durch Gewährung einer exceptio doli gegen den civilen Intestaterben der bonorum possessio secundum tabulas dauernden Erfolg verschafft, während das andere die Vorschrift des Edicts über die praetorische Noterbfolge der weiblichen liberi abändert. Niemand wird zweifeln, dass in beiden Fällen das durch Kaisererlass modificirte Testaments- und Noterbrecht trotzdem bonorum possessio geblieben ist.

Severus rescribirt einmal (l. 11 pr. D. de Publ. 6, 2),

---

genommenen Fälle einer Reception praetorischen Rechtes in das ius civile. Man vergleiche ferner Eisele Cognitur und Procuratur S. 163, 243, Hölder in den Göttingischen gelehrten Anzeigen von 1880 S. 907 und neuestens Sohm Institutionen S. 49: »Die authentische Interpretation theilt die Rechtskraft des interpretirten Rechts.« Ein Beispiel nennt nur Eisele.

[3] Vgl. Lenel Edictum § 147 S. 276. Das Edict über die bonorum possessio ex testamento militis (l. 2 D. de test. mil. 29, 1 und Rubr. Dig. 37, 13) möchte ich den oben genannten Beispielen nicht ohne Weiteres hinzufügen.

[4] Vgl. Dernburg Die Institutionen des Gaius S. 71 N. 7.

Publicianam illi dandam in einem Falle, wo nach dem Wortlaut des Edicts und der Normalformel die genannte Klage unzulässig gewesen wäre.

Von demselben Kaiser rührt die in l. 7 § 3 D. si mensor (11, 6) erwähnte Verordnung her, derzufolge die praetorische actio in factum gegen den Agrimensor auch gewährt werden soll *adversus architectum et redemptorem.*

Nach einem Rescripte Hadrians, von dem die l. 2 D. si quis omissa (29, 4) berichtet, steht eine Klage zu nach Analogie der im Album unter dem Titel *si quis omissa causa testamenti* proponirten auch gegen Denjenigen, der nicht Erbe geworden ist, sondern *pretio accepto praetermisit hereditatem.*

All diese durch Kaiserconstitutionen eingeführten Klagen, die hier nur beispielsweise aufgezählt sind, stellen sich nicht nur inhaltlich dar als Fortbildung honorarischer Rechtssätze, sondern waren zuverlässig auch in ihrer Formelfassung der praetorischen Musterklage genau nachgebildet und eben dadurch als actiones praetoriae gekennzeichnet.

In den erhaltenen Fragmenten der klassischen Schriften wird dieser Erscheinung eines ius honorarium auf Grund kaiserlicher Constitutionen nirgends besonders gedacht. Wir werden uns darüber nicht wundern dürfen, da ohne Zweifel alles vom Princeps gesetzte Recht mit der gleichen Wirksamkeit ausgestattet war. Von ihrem praktischen Standpunkt aus hatten also die römischen Juristen keinen Anlass, die hier angedeutete Unterscheidung zu betonen; wissenschaftliche Untersuchungen aber zur Quellentheorie lagen ihnen allem Anscheine nach durchaus ferne. Dennoch wird es sich empfehlen, bei der folgenden Erörterung über die Rechtskraft der

Constitutionen auszugehen von den Aeusserungen der klassischen Schriftsteller, welche diesen Gegenstand betreffen. Voranstehen mögen die allgemein lautenden Stellen.

Pomponius lib. sing. enchiridii (l. 2 § 11. 12 D. de O. J. 1. 2):

novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes (?), evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non perinde omnes provincias probe gerere poterat): igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset. Ita in civitate nostra aut iure, id est lege constituitur aut ...... aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.

Gai. I. 5:

Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

Papinian lib. sec. definit. (l. 7 pr. D. de J. et J. 1, 1):

Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.

Ulpian lib. primo instit. (l. 1 pr. § 1 D. de const. 1, 4 = § 6 J. de iure nat. 1, 2):

Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.

Aussprüche dieser Art hat Justinian im Auge, wenn er sagt (l. 12 § 1 C. de leg. 1, 14):

veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt.

Die Lex, auf welche Gaius und Ulpian ausdrücklich die Gesetzeskraft der Constitutionen stützen, und auf welche die im Druck ausgezeichneten Worte des Pomponius offenbar hindeuten wollen, ist auch in einer Codexstelle (l. 3 C. de test. 6, 23) erwähnt, die von Kaiser Alexander herrührt. Letzterer bezeichnet sie als *lex imperii*, Justinian (in l. 1 § 7 C. de vet. iure 1, 17) ebenso wie Ulpian in anstössiger Weise als *lex regia.*[5] Von dem Bestallungsgesetze[6] für Vespasian ist bekanntlich ein Stück inschriftlich erhalten. Die hier interessirenden Sätze (Z. 17—21, 29—42), die weiter unten (§ 11) zu erläutern sind, lauten folgendermassen:[7]

utique quaecunque ex usu rei publicae maiestate divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere ius potestasque sit ita, uti divo Augusto, Tiberioque Julio Caesari Augusto, Tiberioque Claudio Caesari Augusto Germanico fuit;

utique quaecunque ante hanc legem rogatam acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Vespasiano Augusto iussu mandatuve eius a quoque sunt, ea perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussu acta essent.

---

[5] Darüber Huschke Incerti auctoris expositiones p. 86, 87, Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 840, 841 N. 2.

[6] Dass es wirklich ein Volksschluss war, eben so sehr Wahl wie Vollmachtsgesetz, verschieden von der alten lex curiata de imperio, darüber Mommsen a. a. O. Bd. I S. 588 N. 2, Bd. II² S. 838—845.

[7] Bei Bruns Fontes pag. 128—130.

Die in den oben angeführten Stellen grundsätzlich und unzweideutig ausgesprochene Gleichstellung der Kaisererlasse und der Lex setzen wohl auch die Praetoren voraus in einigen Edicten, und ebenso die juristischen Schriftsteller überall dort, wo sie Volksgesetze, Senatsschlüsse und Constitutionen als — wie es scheint gleichwertige — Rechtsquellen neben einander aufführen. Den Wortlaut eines solchen praetorischen Edicts überliefert z. B. l. 7 § 7 D. de pact. (2, 14):

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta (decreta)[8] *principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

Aehnliches lesen wir oft bei Juristen, so bei Ulpian in l. 12 § 1 D. de b. p. (37, 1):

Ubicumque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.

Weitere Belege zählt die Note[9] auf. Nur l. 12 § 4 D. de Publ. (6, 2) ist noch besonders hervorzuheben:

Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari

---

[8] Vgl. die folgende Note.

[9] Aus dem praetorischen Album: L. 1 § 8 D. de post. (3, 1), l. 1 § 1 D. ex quib. c. mai. (4, 6), l. 2 pr. D. ne quid in l. p. (43, 8), (In diesen drei Stellen nennt der Praetor neben den Edicten die Decrete der Kaiser. Dass das edictum de pactis ebenso lautete, darüber vgl. Lenel Edict S. 53 N. 11.) Aus Juristenschriften: Gai. III. 32 und in l. 1 pr. D. quod cuiusc. un. (3, 4), l. 1. 3 D. de h. p. (5, 3), Scaevola in l. 83 (M. 84) pr. D. de her. inst. (28, 5) (interpolirt?), Callistratus in l. 2 pr. D. ex quib. c. (4, 6), Papinian in l. 1 pr. D. de off. (1, 21), Paulus in l. 12 § 4 D. de Publ. (6, 2), Ulpian in l. 2 pr. D. fam. erc. (10, 2), l. 6 § 2 D. de tut. (26, 1), l. 1 § 17 D. de o. n. n. (39, 1), l. 5 § 9 D. eod., Modestin in l. 27 D. de re iud. (42, 1), l. 19 D. de appell. (49, 1). Vgl. auch pr. J. de off. iud. (4, 17).

prohibeat eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

Wie in einem früher besprochenen Fragmente die Senatusconsulte, so bezeichnet Paulus hier auch die kaiserlichen Verordnungen als *leges,*[10] indem er diesem Worte eine umfassendere Bedeutung unterlegt.

Die Lehre des Gaius, der das Constitutionenrecht dem durch Lex entstandenen gleichachtet und demgemäss als ius civile anerkennt, vertritt — wie wir gesehen haben — auch dessen Zeitgenosse Pomponius, und von den späteren Juristen sind es gerade die hervorragendsten, welche sich in gleichem Sinne äussern. Meines Erachtens wird man ohne Weiteres zugeben müssen, dass diese Theorie schon unter Hadrian die herrschende war und unter den folgenden Kaisern immer mehr an Boden gewann. Von den Schriftstellern der Julisch-Claudischen Epoche mochte Mancher anders denken, und auch von den Späteren vielleicht der Eine oder Andere. Doch ist uns kein Zeugniss dieser Art erhalten. Justinians Compilatoren mussten sich natürlich hüten, Aeusserungen in die Pandekten aufzunehmen, die mit Papinians und Ulpians Theorie im Widerspruch standen. Mehr scheinen sie jedoch nicht gethan zu haben. Erhebliche Textänderungen wird man den Byzantinern trotz l. 12 § 2. 5 C. de leg. (1, 14) nicht zumuten dürfen, da die Sprache der Juristenschriften ausserhalb der Compilation genau dieselbe ist, wie die der Digestenfragmente.

---

[10] Ebenso Papinian, der in l. 21 D. de leg. praest. (37, 5) von einem *beneficium legis* spricht, obwohl — wie l. 7 D. eod. zeigt — der betreffende Rechtssatz auf einer Constitution von Antoninus Pius beruht.

In der eben citirten l. 12, einer Constitution Justinians, ist — wie unten (§ 10) noch gezeigt werden soll — die einzige Notiz erhalten über eine unter den Klassikern wahrscheinlich bestrittene Frage betreffend die Grenzen der kaiserlichen Verordnungsgewalt. Dagegen wird man in den zahllosen Pandektenstellen, die von den, auf Constitutionen beruhenden Neuerungen berichten, kaum irgendwo eine Aeusserung nachweisen können, welche bezüglich der Rechtskraft einen Unterschied andeuten würde zwischen der kaiserlichen Verordnung und dem ius civile der Lex. Andererseits freilich ist in solchen Stellen auch die civile Qualität des vom Kaiser eingeführten Rechtssatzes nur selten ausdrücklich betont.

Wenn in den klassischen Schriften ziemlich häufig nach Anführung eines durch Rescript oder Decret ausgesprochenen Satzes noch die Phrase begegnet: *et hoc iure utimur,*[11] oder gar scheinbar gegen die Autorität einer kaiserlichen Verordnung entschieden wird,[12] so ist damit keineswegs schon erwiesen, was Kuntze [13] behauptet, dass die Juristen sich nicht scheuten, die Rechtsgültigkeit der Constitutionen in Frage zu stellen.

Bekannt ist, wie Savigny [14] diese Erscheinung zu erklären sucht. Er und schon vor ihm ältere Gelehrte beschränken die Gesetzeskraft der Decrete und Rescripte

---

[11] Belegstellen bei Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts S. 148, 149 N. 75[a] und Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts (1829) S. 53 N. 21, 22.

[12] Beispiele bei Guyet a. a. O. S. 56—63.

[13] In dem Programm über Gaius S. 10.

[14] System Bd. I S. 125—141. Dieselbe Ansicht vertritt schon Bach Historia iurisprudentiae rom. lib. III c. I § 4, Heineccius Opuscula postuma p. 149 (Halae 1744).

auf den einzelnen Fall, für den sie erlassen waren. Für andere Fälle hätten sie nur grosse — nicht zwingende — Autorität gehabt. Es wäre überflüssig hier zu berichten, wie Puchta[15] diese Ansicht treffend widerlegt hat und unter Anerkennung der allgemein verbindlichen Kraft auch der Decrete und Rescripte doch die »Freiheit der Beurtheilung« zu erklären weiss, welche den Juristen bei Kaisererlassen dieser Art zustand. Puchtas Ausführungen möchte ich nur Eines hinzufügen.

Die Constitutionen bildeten eine unübersehbare Masse; für Sammlung und Veröffentlichung derselben geschah wahrscheinlich Seitens der Regierung zur Zeit der Klassiker so gut wie gar Nichts.[16] Für die Juristen war es daher eine baare Unmöglichkeit, alle kaiserlichen Verordnungen zu kennen. So hat denn sicherlich bei der Auswahl der zu berücksichtigenden Rescripte und Decrete der blinde Zufall keine geringe Rolle gespielt. Wer nicht etwa ein hohes Staatsamt in Rom bekleidete, dem wird nur ein geringer Bruchtheil der Constitutionen im Wortlaut vorgelegen haben. In Folge dessen waren den Juristen Verordnungen der Kaiser zuweilen nur vom Hörensagen bekannt;[17] in anderen Fällen wiederum hatten sie zwar eine Abschrift, waren aber nicht im Stande, die schwie-

---

[15] Institutionen Bd. I § 111 (S. 306—310 — 9. A.).

[16] Vgl. Puchta a. a. O. § 112 (S. 310—312), Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 875. Uebrigens wurden die Acta des Kaisers in Protocollen fixirt; darüber Mommsen a. a. O. S. 869, 870, Hirschfeld Röm. Verwaltungsgeschichte Bd. I S. 206.

[17] So erklärt Dirksen Beiträge S. 148 N. 74 richtig das *dicitur* bei Gai. II. 221; a. A. Puchta a. a. O. § 111 N. m; vgl. auch die bei Dirksen Civilistische Abhandlungen Bd. I S. 209 N. 24 angeführten Stellen und dazu noch l. 2 D. de off. adsess. (1, 22), l. 18 § 9 D. de iure fisci (49, 14).

rige Vorfrage der Echtheit in sicherer Weise zu erledigen.[18]

Irre ich nicht, so ist gerade die von Kuntze angeführte Stelle des Paulus (l. 1 § 14 D. ad leg. Falc. 35, 2) ganz geeignet, als Beleg für das zuletzt Gesagte zu dienen. In einer Frage, die zwischen Cassius und Proculus streitig war, stellt der Jurist sich auf des Letzteren Seite mit den bescheidenen Worten: *quam sententiam probabiliorem puto,* d. h. ich halte diese Ansicht für beifallswürdiger. Dann fährt er fort: »indess soll ein kaiserliches Decret die Meinung des Cassius angenommen haben *(sed (et) divus Antoninus iudicasse dicitur).* Kuntze referirt offenbar unrichtig, wenn er sagt, der Verfasser der l. 1 § 14 D. cit. habe sich über den kaiserlichen Ausspruch hinweggesetzt. Wie das den letzten Satz einleitende *sed* zeigt, anerkennt der Jurist vielmehr deutlich genug, dass die aus inneren Gründen billigenswerte Ansicht weichen müsse, wenn der Kaiser — was freilich für Paulus nicht ausser Zweifel steht — wirklich einmal im entgegengesetzten Sinn entschieden haben sollte.

Von den Quellenzeugnissen, welche einzelne durch Constitutionen eingeführte Rechtssätze ausdrücklich dem ius civile zuweisen, ist eines, der bekannte Ausspruch des Gaius III. 32 oben (S. 103) schon mitgetheilt, demzufolge ausser der Lex auch der Senat und der Kaiser *hereditas* verleihen können, während Diejenigen, welche vom Praetor bonorum possessio erhalten, nur *loco heredum constituuntur.* Es fragt sich nun, ob wir glauben dürfen was Gaius hier behauptet?

[18] Vgl. Plinius Epist. X. 71: *parum emendata, et quaedam non certae fidei videbantur.*

Kuntze hat die Frage verneint; allein sicher mit Unrecht. Zur Ehrenrettung des »Provinzialjuristen« würde schon der Hinweis genügen auf die übereinstimmende Lehre des Pomponius, Papinian und Ulpian, da Diese insgesammt die angeblich irrige Theorie — nur in allgemeinerer Fassung — gleichfalls vortragen (S. 109.). Indess dürfte es sich für unsere Zwecke empfehlen, etwas genauer nachzuforschen, inwieweit ein Schriftsteller der Hadrianischen Epoche befugt war, von civilem Erbrecht aus kaiserlichen Verordnungen zu sprechen.

Gaius selbst wiederholt das in den Institutionen Gesagte im sechsten Buch seines Commentars zum Provincialedict (l. 1. 3 D. de h. p. 5, 3):

Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo . . . . novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.

Unter den Quellen des civilen Erbrechts begegnet das Kaisergesetz auch in einem Fragmente aus Ulpians Edictswerk (l. 2 pr. D. fam. erc. 10, 2):

Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum sive ex aliqua lege deferatur hereditas vel ex senatus consulto vel etiam constitutione.

Allerdings erregen hier gerade die letzten Worte, die uns allein angehen, den Verdacht der Interpolation. Zunächst könnte man schon an dem Wörtchen *etiam* Anstoss nehmen. Sodann ist ein Einschiebsel, fast aus denselben Worten bestehend *(sive ex sacris constitutionibus)*, in Justinians Institutionen sicher nachweisbar. Man braucht blos das pr. J. de perp. a. (4, 12) neben Gai. IV. 110 zu stellen, um die Einschaltung dort so-

fort zu bemerken. Ferner erwähnt Ulpian, wo er an anderen Stellen (l. 2 § 4 D. unde leg. 38, 7, l. 1 § 8 D. ad S. C. Tert. 38, 17) die Fälle der civilen Intestaterbfolge[19] aufzuzählen hat, nur hereditates delatae ex lege vel ex senatusconsultis, nicht auch ex constitutionibus.[20]

Besonders beweiskräftig ist l. 2 § 4 D. cit., weil der Jurist in diesem Fragment offenbar in erschöpfender Weise alle Fälle der hereditas legitima anführen will, um so den Begriff des heres (legitimus), wie er im Edict vorkommt, zu erläutern. Auch Paulus (l. 3 D. eod. 38, 7) spricht bei Erklärung derselben Edictsworte nur von der hereditas, die von der Lex oder dem Senat deferirt wird.

Endlich ist uns die Thatsache nicht unbekannt, welche die Compilatoren veranlassen konnte, die Interpolation vorzunehmen. Wir wissen, dass in der christlichen Kaiserzeit in der That eine ganze Reihe von neuen gesetzlichen Erbberechtigungen durch Constitutionen geschaffen wurde. Wenn ich trotz alledem Anstand nehme, mit voller Sicherheit die Unechtheit der obigen Worte in l. 2 pr. D. cit. zu behaupten, so wird aus dem Folgenden der Grund dieser Zurückhaltung sofort ersichtlich werden.

Nach Ulpians Darstellung in l. 2 § 4 D. unde leg. (38, 7) hätte das Zeitalter der Severe noch kein durch Constitutionen eingeführtes civiles Intestaterbrecht gekannt. Auch Gaius, der das Gegentheil zu behaupten scheint, nennt kein Beispiel. Sollte er von einer blossen Möglichkeit gesprochen haben, die erst weit später unter

---

[19] Und nur auf diese, nicht auch auf die testamentarische beziehen sich wohl die Worte der l. 2 pr. D. cit. *sive ex lege duodecim tab.* etc.

[20] Ebenso Pomponius in l. 11 D. de suis et leg. (38, 16).

den christlichen Kaisern zur Wirklichkeit geworden wäre? Ein Ausweg bliebe noch offen: unter dem *heredes fieri per constitutionem* bei Gaius l. c. könnte auch die Anerkennung einer hereditas testamentaria durch Kaisererlass zu verstehen sein. Indess lassen sich — wie ich glaube — in der That schon für Hadrians Zeit Fälle sowohl testamentarischer wie gesetzlicher Civilerbfolge nachweisen, welche ihre Einführung kaiserlichen Verordnungen verdanken.

Das Vermögen von Soldaten, welche eines Verbrechens wegen capite damnirt waren, verfiel nach gemeinem Recht der Confiscation durch den Fiscus. War das Verbrechen ein militärisches, so konnte der Soldat gegen die Regel unter bestimmten Voraussetzungen über seine bona castrensia gültig testiren, und in Ermangelung eines Testaments trat zu Gunsten gewisser Personen Intestaterbfolge ein. Ueber Ursprung und Inhalt dieser Soldatenprivilegien berichtet Ulpian in l. 6 § 6 D. de iniusto (28, 3):

si quis fuerit capite damnatus .... testamentum eius irritum fiet ... nam poenae servus efficitur: nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit, et credo iure militari testabitur.

Macer in l. 1 D. de veter. succ. (38, 12):

Militi qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum Paulus et Menander scribunt eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto punitus est.

Endlich Papinian in l. 2 D. eod.

Bona militis intestati defuncti castrensia fisco non vindicantur, cum heres legitimus ad finem

quinti gradus exstitit aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.

Dass der testamentslos verstorbene miles damnatus dem hier besprochenen Privileg zufolge nicht nur von einem bonorum possessor sondern auch von einem heres, also nach ius civile beerbt werden konnte, ist in dem letztangeführten Fragment ausdrücklich gesagt. Papinian nennt beide Beerbungsarten neben einander und erklärt den Fiscus für ausgeschlossen bei Eintritt der einen wie der anderen. Es fragt sich nur, ob die Quelle dieser hereditas legitima wirklich eine kaiserliche Constitution ist, u. z. das erwähnte Hadrianische Rescript. Die bejahende Antwort, die sich schon bei Cuiacius (Observ. XI. 14) findet, darf mit höchster Wahrscheinlichkeit als die richtige bezeichnet werden. Wie Leist[21] treffend bemerkt, legt die l. 1 D. de vet. succ. die Annahme mindestens sehr nahe, dass auch das zweite Privileg, dessen die Stelle gedenkt, von Hadrian herrühre, da die »Frage von der Intestatbeerbung als ein gleichsam nur zweites Glied eines und desselben Rechtssatzes mit der testamentarischen Erbfrage zusammengestellt wird.« Wer übrigens die Urheberschaft Hadrians für nicht erwiesen hält, wird doch zugeben müssen, dass es jedenfalls eine Constitution war, die zu Gunsten des Militärstandes auch das singuläre gesetzliche Erbrecht geschaffen hat.

Einen zweiten Fall civilen Intestaterbrechts, der hier anzuführen ist, erwähnen Justinians Institutionen (III. 3, 1). In dem Titel *de senatus consulto Tertulliano* wird der Rechtszustand vor diesem Gesetze geschildert. Dann heisst es:

---

[21] In Glücks Pandektencommentar Serie der Bücher 37 u. 38 Th. II S. 140.

Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt, et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem (§ 1). *Postea autem senatus consulto Tertulliano .... plenissime de successione matri deferendae cautum est.* (§. 2).

Die letzten Worte deuten die Beseitigung der Claudischen Constitution durch das weitergehende Recht des Senatsgesetzes an.

Das Misstrauen, welches gegenüber den geschichtlichen Reflexionen originär-byzantinischer Herkunft zumeist am Platze ist, wird sich bei dieser Stelle kaum begründen lassen, weil sie nicht den Eindruck macht, neufabrizirt zu sein.[22] Auch das Stillschweigen aller übrigen Quellen über die Claudische Constitution darf man nicht auffallend finden,[23] da es durch die spätere Beseitigung der Verordnung doch wohl ausreichend erklärt ist.

Einen anderen Grund hat es, wenn Ulpian bei Besprechung des Edictes über die bonorum possessio unde legitimi auch jenes Kaisererlasses nicht gedenkt, der eine gesetzliche Erbfolge in das Vermögen des miles capite damnatus ermöglicht hat. In dem Fragment aus dem 46. Buche ad edictum, welches uns als l. 2 D. unde leg. (38, 7) erhalten ist, behandelt der genannte Jurist nur das gemeine Recht. Möglich, dass er daran anschliessend noch im selben Buche des durchaus singulären

---

[22] Vgl. auch unten § 10 Note 27.

[23] Wie dies Schrader im Commentar zu der citirten Institutionenstelle thut. S. meint, Claudius habe nur in einem einzelnen Falle der Mutter Erbrecht zugesprochen.

Soldatenprivilegs Erwähnung that;[24] wahrscheinlich ist davon ausführlich erst im 49. Buche die Rede gewesen

Es ist nämlich nahezu gewiss, dass die Constitution, auf welcher das Privileg beruht, die Cognaten nicht nur zur hereditas sondern ausdrücklich (*specialiter,* wie dies l. 1 § 2 D. ut ex leg. 38, 14 fordert) auch zur bonorum possessio berief. Dann aber fällt das vom Kaiser gewährte Erbrecht — wie l. 3 D. unde leg. (28, 7) von Paulus beweist — unter das im Album an letzter Stelle proponirte edictum ut ex legibus[25] (Dig. 38, 14), dessen Inhalt die Institutionen (III, 10, 7) ein *quasi ultimum et extraordinarium auxilium* nennen, und das von Ulpian erst im 49. Buche erläutert wurde. Nur so wird die Anfertigung eines besonderen Digestentitels *de veteranorum et militum successione* (38, 12) und die Stellung desselben hinter den von Justinian (§ 6 J. de b. p. 3, 10) angenommenen sex bonorum possessiones ordinariae begreiflich.

Ein Fall testamentarischen Erbrechts, anerkannt durch kaiserliches Rescript, ist uns schon oben in l. 6 § 6 D. de iniusto (28, 3) begegnet. In zwei anderen Fällen dieser Art wird sich die civile Qualität des auf Constitutionen beruhenden Erbrechts genau nachweisen lassen.

[24] M. E. konnte sich der cognatische Erbe des miles damnatus allerdings auf das edictum unde legitimi berufen (l. 3 in f. D. unde leg. 38, 7).

[25] So auch Leist bei Glück a. a. O. Th. II S. 148, 273. Das Edict spricht freilich nur von Lex und Senatusconsult; doch zeigt § 7 (Kr. 8) J. de b. p. (3, 10), dass dies die Subsumtion nicht hindern konnte. Ueber das Alter des Edicts Leist a. a. O. S. 271. Julian hätte wohl bei der Redaction das Wort *constitutione* eingefügt, wenn das Rescript Hadrians damals schon erlassen gewesen wäre.

Bekannt ist das, gewöhnlich auf ein ständig gewordenes Capitel der kaiserlichen Mandate zurückgeführte Privileg der Soldaten, formlos, *quo modo volent quo modo poterint* zu testiren (Ulp. l. 1 pr. D. de test. mil. 29, 1).[26] Sichere Kunde haben wir ferner von einem im Julianischen Album vorhandenen Edicte, welches bonorum possessio aus dem Soldatentestament verhiess (Rubr. Dig. 37, 13, dazu Gai. l. 2 D. eod. 29, 1), dessen Alter aber und genauerer Inhalt im Dunkeln liegt.[27]

Wie Fitting[28] gezeigt hat, ist von dem allgemeinen Soldatenprivileg wohl zu unterscheiden die zuerst von Augustus dem filius familias miles, der bisher testirunfähig war, eingeräumte Befugniss, über das peculium castrense letztwillig zu verfügen (pr. J. quib. non est p. 2, 12, Ulp. XX. 20). Das ebenerwähnte praetorische Edict dürfte übrigens, ohne die beiden Fälle auseinander zu halten, bonorum possessio ex testamento versprochen haben, gleichviel ob der Testator Hausvater oder Haussohn gewesen war.

Die hier interessirende Frage ist nun die, ob aus dem nach Constitutionenrecht vom Soldaten, bez. vom filius familias miles über das castrensische Gut errichteten Testamente nur bonorum possessio gegeben wurde, oder ob die Eingesetzten auch als heredes, als Erben nach ius civile[29] anerkannt waren. Man braucht blos die

[26] Darüber Fitting Das castrense peculium S. 9—11, Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 25—38.

[27] Vgl. Lenel Edictum S. 283.

[28] A. a. O. S. 11—22.

[29] Dies scheint man bisher als selbstverständlich angenommen zu haben; so auch Leist bei Glück a. a. O. Th. IV S. 169, 171. In unserer Literatur habe ich über die im Texte gestellte Frage nirgends etwas gefunden; daher eine ausführlichere Erörterung nötig erschien.

Pandektentitel 29, 1: *de testamento militis* und 49, 17: *de castrensi peculio* durchzulesen, um auf diese Frage in beiderlei Richtung ganz deutliche Antwort zu finden. Zuerst fassen wir das allgemeine Soldatenprivileg ins Auge, formlos zu testiren.

Viele Stellen in dem ersterwähnten Titel, wie z. B. l. 13 pr. § 2, l. 27, l. 36 pr. l. 37, l. 41 pr. oder l. 1 § 4 D. de b. p. sec. tab. (37, 11), welche den vom Testator gebrauchten Ausdruck wiederholend, den Eingesetzten als *heres* bezeichnen oder das Erbgut *hereditas* nennen, beweisen allerdings noch gar Nichts. Sagt doch auch Gaius (III. 35): *quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is cui data sit, (non) optineat hereditatem* oder gar (III. 26) vom Praetor: *vocat ad hereditatem.* Wichtiger ist schon der Umstand, dass in dem ganzen ziemlich umfangreichen Titel von dem in l. 2 erwähnten Edicte nicht weiter die Rede ist, und daher alle Nachrichten über die darin verheissene bonorum possessio fehlen. Entscheidend aber für die aufgeworfene Frage sind hauptsächlich folgende drei Fragmente:

Ulpian in l. 15 pr. D. h. t.

In fraudem plane creditorum nec miles amplius quam unum necessarium facere potest.

Marcellus in l. 29 pr. D. eod.

Si a milite scriptus heres sua sponte adierit hereditatem et rogatus totam hereditatem restituerit, ex Trebelliano transeunt actiones.

Tryphonin in l. 41 § 5 D. eod.

si militis adita non fuerit hereditas, an substitutio, quam pupillo fecit, valeat, quaeritur.

Dazu vergleiche man etwa noch l. 17 § 1, l. 18 pr.

§ 2, l. 19 § 2 D. h. t. und aus dem entsprechenden Codextitel (VI. 21) l. 2 und l. 5.

In den zuletzt angeführten Fragmenten aus den Pandekten wird durchgängig Derjenige, der ex testamento militis Erbe geworden ist als *heres* bezeichnet. In l. 15 pr. D. cit. erörtert Ulpian die Ernennung eines notwendigen Erben; der heres necessarius aber war bekanntlich (vgl. l. 3 § 3 D. de b. p. 37, 1) allein dem civilen Systeme eigenthümlich, ebenso wie die *hereditatis aditio* von der l. 29 pr. l. 41 § 5 D. cit. u. l. 2 C. cit. sprechen. Die nach ius praetorium deferirte Erbschaft konnte man nicht antreten *(adire)*, sondern nur ihre Verleihung vom Magistrat erbitten *(petere bonorum possessionem)*.[30]

Gegen die angezogenen Belegstellen könnte vielleicht eingewendet werden, dass sie zwar von einem testamentum militis handeln, das ja noch in vielen anderen Richtungen Privilegien genoss, nicht aber notwendig von einem letzten Willen, der iure militari errichtet war. Allein es hiesse den Quellen gewiss Gewalt anthun, wenn man im Titel 29, 1 überall, wo das Gegentheil nicht ausdrücklich gesagt ist, einen miles voraussetzen wollte, der unter Verzicht auf sein Privileg nach gemeinem Recht testirt; und überdies ist solche Auslegung hie und da durch den Zusammenhang der Darstellung geradezu verboten, so gleich in der erstcitirten Stelle (l. 15) von Ulpian.[31]

Was ich behaupte ist also die civile Qualität des Erbrechtes der im formlosen Soldatentestament zur Erb-

---

[30] Vgl. z. B. l. 2 § 7. 8, l. 8 § 3 D. de b. p. sec. tab. (37, 11).

[31] Man lese das ganze Fragment!

folge Berufenen. Bestätigt wird dies noch durch die Stellung, welche Gaius in seinem Lehrbuche, Ulpian im lib. sing. regularum und mit Beiden übereinstimmend Justinian in den Pandekten wie in den Institutionen der Lehre vom Soldatentestament anweisen

Bei Gaius und in den kaiserlichen Institutionen ist das civile Erbrecht im zweiten, die bonorum possessio erst im dritten Buche behandelt; bei Ulpian füllt das civile Erbrecht die Titel 20—27, in den Pandekten die Bücher 28 und 29; dem praetorischen ist bei Ulpian der 28. Titel, in den Pandekten das 37. u. 38. Buch gewidmet. Man beachte nun den Platz, an den die Lehre vom testamentum militis gestellt ist: Gai. II. 109, 114, Ulp. XXIII. 10, Inst. II. 11, Dig. XXVIII. 1. Ueberall[32] also wird des Soldatentestaments in der Darstellung des civilen Erbrechts gedacht, die Formfreiheit desselben erscheint als ein Ausnahmesatz des ius civile.[33]

Wollte man das zuletzt angeführte Argument entkräften durch eine Hinweisung auf Gai. II. 119 und Ulpian XXIII. 6, wo mitten in der civilrechtlichen Testamentslehre doch auch die bonorum possessio secundum tabulas

[32] Im Justinianischen Codex geht das praetorische dem civilen Erbrecht voran. Der Titel de testamento militis (VI. 21) trennt die beiden Gebiete, ist jedoch sicherlich dem ersteren zuzuschlagen, da der Codex genauer als die Pandekten der Ordnung des Albums folgt. In den Edictscommentaren konnte natürlich die Lehre vom Militärtestament nur im Anschluss an die Clausel de bonor. poss. ex test. mil. vorgetragen werden.

[33] Bei Gai. II. 114, l. 17 § 4 D. h. t. (29, 1) und bei Ulp. XXIII. 10 steht *iuris (civilis) regula* nicht etwa im Gegensatz zu einem Rechte nicht civiler Qualität, sondern bezeichnet das alte regelmässige Civilrecht gegenüber den neueren Ausnahmesätzen der Constitutionen. Etwas Aehnliches bei Paulus in l. 43 pr. D. de vulg. subst. (28, 6).

erwähnt wird, so wäre dagegen Zweierlei zu bemerken. Einmal beabsichtigen beide Juristen an den genannten Stellen offenbar nur vorläufig aufmerksam zu machen auf das testamentarische Erbrecht des Edicts. Dass dem so sei, dafür liefert den sichersten Beweis die nochmalige Besprechung des sog. praetorischen Testaments in der Lehre von der bonorum possessio.[34] Sodann lässt sich auch zweifellos bestimmen, weshalb die beiden Juristen es passend fanden, der bonorum possessio secundum tabulas schon bei der Darstellung des civilen Testamentsrechtes zu gedenken. Wir wir sicher wissen,[35] verstanden die älteren Praetoren unter den tabulae testamenti ihres Edictes nichts Anderes als ein nach ius civile gültiges Testament, und auch das spätere Edictsrecht hat keine neue Form eingeführt, sondern die alte civilrechtliche beibehalten, nur in etwas modifizirter Gestalt. In Folge dessen lag die Versuchung ausserordentlich nahe, dieses Verhältniss zwischen ius civile und ius praetorium sofort anzudeuten, wo zum erstenmal von den Testamentsformen die Rede war.

Für die civilrechtliche Gültigkeit des vom filius familias miles über das castrensische Gut errichteten Testaments enthält der Digestentitel 49, 17 unzweideutige Belege: l. 9, l. 14 § 1, l. 17 pr. l. 19 § 5.[36] In dem zuletzt angeführten Fragmente fragt Tryphonin:

[34] Bei Ulpian Fragm. XXVIII. 5, 6, bei Gaius im dritten Buche in dem unleserlichen § 33^b, den — wie es scheint wörtlich — § 1 J. de b. p. 3, 10 (Kr. 3, 9) wiedergibt; vgl. auch die Note zu Gai. l. c. bei Studemund-Krüger.

[35] Vgl. insbesondere Leist bei Glück Serie der Bücher 37, 38 Th. I S. 441—472.

[36] Vgl. auch l. 1, l. 2 D. h. t. (49, 17), l. 11 § 2, l. 13 pr. § 1 D. de test. mil. (29, 1), l. 18 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2).

Quid autem si testamentum fecerit filius et non sit eius adita hereditas?

Und in l. 17 pr. D. cit. nennt Papinian ganz ausdrücklich die Erbfolge des im Testamente eines Haussohnes Eingesetzten eine civile. Der Wortlaut dieser Stelle ist oben S. 8 mitgetheilt.

Dass endlich auch der miles capite damnatus, dem das Strafurtheil die Fähigkeit zu testiren vorbehalten hat, sich einen vom ius civile anerkannten Erben ernennen konnte, ist kaum zu bezweifeln, obwohl meines Wissens keine Stelle erhalten ist, welche darüber sichere Auskunft gewährt.[37]

Haben wir einmal die Ueberzeugung gewonnen, dass die im Vorstehenden besprochenen Fälle gesetzlichen und testamentarischen Erbrechts, welche sämmtlich auf kaiserlichen Constitutionen beruhen, dem System der Hereditas angehören, so werden wir nicht mehr geneigt sein, uns kategorisch für die Unechtheit der Worte *vel etiam constitutione* in l. 2 pr. D. fam. erc. (10, 2) auszusprechen. Auch für das *etiam,* welches uns früher besonders verdächtig schien, wäre jetzt vielleicht eine Erklärung gefunden.

Ulpian zählt die Quellen des civilen Erbrechts auf. Der Lex und dem Senatusconsult fügt er noch die Constitution bei; letztere jedoch nicht als ganz gleichberechtigtes Glied, weil ihm einfällt, dass es doch nur singuläres Erbrecht eines privilegirten Standes ist, was seine Einführung Kaisererlassen verdankt. Dieser Gedanke könnte es sein, den das *etiam* andeuten soll und

[37] Man vergleiche übrigens nebst den auf S. 118 mitgetheilten Stellen noch l. 32 § 8 D. de don. i. v. et ux. (24, 1), l. 11 pr. D. de test. mil. (29, 1), l. 22 § 1 D. de leg. III.

auch wirklich erraten lässt. Man mag übrigens darüber denken wie immer, jedenfalls dürfen wir als feststehend betrachten, dass Gaius genau Dasselbe behauptet, was auch die übrigen Juristen wiederholt anerkennen: die civile Qualität des durch Constitutionen geschaffenen Erbrechts.

Wen die Kaiser zum heres machen, sei es ex testamento sei es ab intestato, dem ist damit selbstverständlich eine Civilklage, die hereditatis petitio zum Schutze seines Rechtes gegeben. Stellt er die Klage an, so hat der Praetor wie der Geschworne sich genau so zu verhalten, als wäre es eine Lex, auf die der Kläger sein Recht stützt.

Beispielsweise nenne ich noch andere Fälle dieser Art. Paulus berichtet in l. 18 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2) *legem Falcidiam inductam esse a divo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa.* Durch diese Constitution waren dem übermässig beschwerten Intestaterben alle Klagen[38] zugesprochen — sowohl die civilen (rei vindicatio, condictio) wie die praetorischen — welche früher nur dem Testamentserben zum Schutze seines Quartrechts zustanden.

In l. 41 u. l. 42 D. de don. i. v. et ux. (24, 1) führen Licinius Rufinus und Gaius die Aufhebung des Verbotes der Ehegattenschenkung für gewisse Ausnahmefälle auf Kaisererlasse zurück.[39] Niemand wird leugnen können, dass seitdem ein civilrechtlich anerkannter Erwerbsgrund (z. B. des Eigenthums) für den Mann vorlag, den die Ehefrau ad processus oder honoris causa beschenkt hatte.

Durch Constitutionen sind einige im früheren Rechte

[38]) Vgl. Windscheid Pandekten Bd. III § 650 N. 10.

[39]) Vgl. auch Ulp. Fragm. VII. 1.

nicht anerkannte Fälle des Freiheitserwerbs eingeführt.[40] Bekannt ist insbesondere die Verordnung Marc Aurels über die addictio bonorum libertatum tuendarum causa. Wer so nach Constitutionenrecht die Freiheit erlangt hatte, stand ohne Zweifel dem nach den Vorschriften des älteren Civilrechts Freigelassenen vollkommen gleich. Er war liber ex iure Quiritium[41] und zu seinem Schutze diente eine Civilklage, vindicatio in libertatem oder praeiudicium.[42]

Ziemlich zahlreich sind jene Kaisererlasse, die schon ihrem Wortlaute nach eine Klage einführen, wobei dann entweder — wie in den bisher betrachteten Beispielen — ein neuer Thatbestand einem schon vorhandenen Klagschema unterstellt, oder die Bildung einer neuen Formel notwendig wird, mehr oder minder nach dem Muster einer alten. Dass auch in Fällen der letzteren Art die gewährte Klage eine actio civilis sein konnte, ist — wie mir scheint — aus einer Aeusserung von Ulpian in l. 12 pr. D. de rel. (11, 7) zu ersehen:

— *non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit sed extra ordinem interpelletur praeses . . .*

Ueber die Formelfassung der vielen actiones ex constitutionibus,[43] die im Album nicht zu finden waren,

[40]) Vgl. l. 2 D. de fid. lib. (40, 5), pr. § 1 J. de eo cui lib. (3, 12 (Kr. 3, 11), l. 94 pr. § 1 D. de cond. (35, 1), l. 20 § 3 D. de statul. (40, 7)

[41]) Man vergleiche mit den in der vorigen Note citirten Stellen Gai. III. 56. Der im Texte gebrauchte Ausdruck steht bei Cicero o. pro Caec. c. 33 § 96.

[42]) Vgl. § 13 J. de act. (4, 6) und dazu Lenel Edict § 178.

[43]) Vgl. Papinian l. 5 § 1 D. de cens. (50, 15): . . *actionem ex divi Pii Antonini litteris*, auch § 2 J. de satisd. tut. (1, 24).

fehlen uns leider sichere Nachrichten. Zuweilen bezeichnen die Kaiser selbst solche Klagen als utiles, so in l. 3 D. de cond. ind. (12, 6), wo ebenso wie in l. 2 § 1, l. 4, l. 5 D. eod. auf Grund von Rescripten *quod alius solvit alius repetit.* In l. 2 § 1 cit. heisst es allerdings nur: *divus Hadrianus ... rescripsit actionem dandam* und in l. 5. cit. *non ipsi repetitionem competere, sed ei ad quem bona pertinent ... rescriptum est.* In gleicher Weise bezwecken auch die in den folgenden Fragmenten erwähnten Constitutionen eine Uebertragung der nach bisherigem Rechte nur dem A zustehenden Klage auf den B.

Ulpian l. 16 pr. D. de pact. (2, 14):

— *rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas.*

Ulpian l. 1 § 13 D. de tut. a. (27, 3):

Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

Fiction und subjective Umstellung, Kunstgriffe also, welche die Praetoren in Anwendung brachten für die civilrechtlich nicht anerkannten Klagen, dürften auch hier bei derartigen actiones utiles aus Kaiserconstitutionen eine Rolle gespielt haben. In anderen Fällen mochte gar der Magistrat von einer intentio iuris civilis gänzlich absehen und trotz der Constitution einfach in factum concipiren. War die Formel so gefasst, in der Weise der actio praetoria, dann konnte für den Geschworenen die Constitution als rechtliche Basis des Klaganspruchs nicht weiter in Betracht kommen. Massgebend waren für ihn

nur die Formelworte; die Verordnung des Kaisers hatte nur dem Praetor die Pflicht auferlegt, Actio zu gewähren, im Iudicium aber spielt sie keine Rolle mehr.

Ob den römischen Juristen eine Klage dieser Art, wenn sie überhaupt vorkam, noch als actio civilis galt, darf wohl dahin gestellt bleiben. Nur auf Eines ist hier Gewicht zu legen. Wenngleich wir nicht wissen, wie die Praetoren die durch Constitutionen eingeführten Klagen formulirt haben, und ob eine bestimmte Art der Formulirung gerichtsüblich war, so Viel lässt sich trotzdem mit Sicherheit behaupten, dass wenigstens die Möglichkeit vorlag, der actio ex constitutione eine in ius concipirte Formel ohne Fiction und subjective Umstellung zu geben, wobei dann der Geschworene die Frage zu entscheiden hatte, ob dem Kläger auf Grund des Kaisererlasses ein civiler Rechtsanspruch gegen den Beklagten erwachsen, und ob demgemäss Letzterer dem Ersteren gegenüber zu verurtheilen sei.

Wenn der Kaiser — was ausser Zweifel steht — einer Person, die bisher nicht Erbrecht hatte, hereditas verleihen und ihr damit die im Album proponirte civile hereditatis petitio zugänglich machen konnte, dann ist nicht einzusehen, weshalb der Magistrat zum Schutze des vom Kaiser anerkannten Anspruchs nicht auch eine neue, im strengen Sinne in ius concipirte, daher civile Formel hätte bilden können, etwa mit der für die bonae fidei Actionen hergebrachten intentio und condemnatio nebst einer neuformulirten demonstratio mit dem von der Constitution als rechtsbegründend anerkannten Thatbestand. Solche Formelgestaltung als unwahrscheinlich zurückzuweisen, liegt kein genügender Grund vor, selbst nicht bei jenen Klagen, welche die Quellen ausdrücklich

als actiones utiles bezeichnen. Die oben erwähnte Formulirung nach dem Muster der praetorischen Actio ist — so viel ich sehe — eben so wenig nachweisbar wie die zuletzt vorgeschlagene.

Zur Verdeutlichung des Gesagten mag schliesslich noch ein Beispiel angeführt werden, ein Beispiel freilich, das Nichts beweist,[14] da es quellenmässig durchaus nicht feststeht. Gegen den tutor cessans, welchen das ältere Recht überhaupt nicht haften liess, ist nach einer Constitution Marc Aurels eine actio utilis tutelae zulässig.[15] Lenel[16] vermutet in der Formel dieser Klage als demonstratio die Worte: quod N.s N.s, cum A.i A.i tutor esset periculo suo cessavit. Ist diese Vermutung richtig, dann liegt vor uns eine durch Kaisererlass eingeführte Klage, deren Formel ihrem Wortlaute nach die Anerkennung eines civilrechtlichen dare facere oportere des tutor cessans zur notwendigen Voraussetzung hat.

---

[14]) Auf l. un. D. de cond. ex lege (13, 2) von Paulus berufe ich mich darum nicht, weil es unrichtig wäre, die *lex nova* der Stelle von Senatusconsulten und Constitutionen zu verstehen. Der Jurist spricht m. E. vom Legisactionenverfahren. Barons Auslegung in den Abhandlungen aus dem Röm. Civilprocess I S. 77, 78 scheint mir verfehlt. Dass Paulus eine condictio ex lege nicht kennt, ist allerdings zuzugeben. — Baron (Abh. I S. 224) dürfte auch nicht geneigt sein, dem im Texte Gesagten beizustimmen.

[15] Vgl. Wlassak Gesch. der neg. gestio S. 106—108 und dazu die richtigen Bemerkungen von Pernice Parerga II in der Ztschr. der Savigny-Stiftung R. A. Bd. V S. 27, 28.

[16] Edict § 124 N. 9 (S. 255).

§ 9. Die Ansichten der Neueren über das Constitutionenrecht. — Decrete, Rescripte, Edicte, Mandate.

In den vorstehenden Ausführungen wurde mit Absicht blos Bericht erstattet, keine Kritik geübt an dem vorgeführten Material. Bisher sollte nur gezeigt werden, was die Schriften der römischen Juristen bieten zur Illustrirung jener Theorie, welche die auf S. 109 abgedruckten Stellen in abstracter Fassung enthalten. Dass die Constitutionen der Kaiser ius civile erzeugen, diese Lehre des Gaius und der Späteren haben wir nun in zahlreichen Aeusserungen der Klassiker gelegentlich der Entscheidung von Detailfragen mindestens als Regel bestätigt gefunden. Wenn daher auch in unserer heutigen Literatur allgemein die Kaisererlasse (von der Begründung des Principats an) den Quellen des Civilrechts zugezählt werden, so können die Vertreter dieser Ansicht mit Recht auf die Pandektenjuristen verweisen, welche unzweifelhaft derselben Anschauung huldigten.

So weit meine Kenntniss reicht, hat vor Mommsen nur ein Einziger, nämlich Mühlenbruch [1] in einer beiläufigen Bemerkung den Constitutionen überhaupt die Gesetzeskraft abgesprochen. Hugo [2] und Zimmern, [3] welche von Mühlenbruch als Gewährsmänner citirt werden, gehen in Wahrheit durchaus nicht so weit und äussern sich

[1] In Glücks Pandekten Bd. 42 S. 26 N. 69.

[2] Lehrb. der Geschichte des Röm. Rechts S. 741—748 (11. A.).

[3] Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. I S. 145—157.

auch nicht mit der wünschenswerten Klarheit. Von den Neueren haben Manche gewisse Arten der kaiserlichen Verordnungen aus der Reihe der Rechtsquellen streichen wollen, so Savigny[4] und Dirksen[5] die Decrete und Rescripte, Heimbach[6] und Böcking[7] die Mandate. Die Edicte der ersten Kaiser wollen Viele,[8] besonders ältere Gelehrte nicht als eigentliche Gesetze gelten lassen. Puchta[9] dagegen, dessen meisterhafte Darstellung für alle Folgenden massgebend geworden ist, anerkennt unumwunden die Gleichstellung aller Arten von Constitutionen mit der Lex. Darin sind ihm selbst Rudorff[10] und Kuntze[11] gefolgt, die nur insofern von der herrschenden Ansicht abweichen, als sie das meiste durch Constitutionen erzeugte Recht dem sog. ius extraordinarium zuweisen.

Es wird sich empfehlen, vorerst die Frage zu erledigen, ob es angeht, gewissen Arten der Constitutionen Gesetzeskraft beizulegen, andere davon auszuschliessen. Einige der oben S. 109, 111 angeführten Stellen scheinen für eine bejahende Antwort zu sprechen. Im Julianischen

---

4 System Bd. I S. 125—141.

5 Vermischte Schriften I S. 155—158.

6 Im Leipziger Repertorium von Gersdorf Jahrg. III Bd. 1 S. 6—9 (1845).

7 Einleitung in die Pandekten § 15 S. 29, 30 (2. A.); vgl. auch Rein Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer S. 89, 90 (1858).

8 Vgl. z. B. Bach Historia iurisprudentiae III c. 1 § 6 (pag. 368 — Lipsiae 1746), Heineccius Historia iuris civ. I c. 4 § 173 pag. 258 (1765), Savigny System Bd. I S. 122—125, Böcking a. a. O. S. 27, 28.

9 Institutionen Bd. I § 105, § 109—111, § 114 (S. 293, 301—310, 315 — 9. A.).

10 Röm. Rechtsgeschichte Bd. I § 59, auch § 54—58.

11 Excurse S. 314—316.

Album sind viermal neben der Lex und dem Senatusconsult nur »Edicte« und »Decrete« der Kaiser als Rechtsquellen genannt; Papinian lässt gar nur aus »Decreten« der Principes ius civile entstehen; Gaius endlich und Ulpian scheinen die Mandate nicht als Constitutionen anzuerkennen, da sie nur die drei anderen Arten der Kaisererlasse aufzählen.

Allein diese Aeusserungen könnten offenbar nur dann Beweis machen, wenn zuvor erwiesen wäre, dass die römischen Juristen die bekannten Kunstausdrücke für die einzelnen Formen der Constitutionen immer und ausnahmslos in der Bedeutung gebrauchen, die wir in unseren heutigen Compendien der Rechtsgeschichte definirt finden. Wer die Quellen daraufhin einer Prüfung unterzieht, wird bald zur Ueberzeugung gelangen, dass der Sprachgebrauch der Klassiker durchaus kein feststehender war, und auch nicht sein konnte, da — wie Mommsen [12] richtig bemerkt — die verschiedenen Formen der kaiserlichen Verfügungen einer strengen Scheidung gar nicht fähig waren.

Für den Ausdruck *decretum principis* insbesondere hat schon Guyet [13] den Gebrauch in doppelter Bedeutung, in weiterer und engerer nachgewiesen. Nicht nur die Urtheilssprüche, sondern überhaupt alle Beschlüsse der Kaiser werden zuweilen *decreta* genannt. In diesem weiteren Sinne steht der Ausdruck ohne Zweifel in dem Fragmente aus Papinians Definitionen und im Album des Praetors. [14] Wenn Letzterer daneben noch die Edicte

---

[12] Röm. Staatsrecht Bd. II² S. 870.

[13] Abhandlungen S. 44, 45 und dazu N. 12.

[14] Mommsen a. a. O. S. 874 meint, in früherer Zeit habe es »kaum« Rescripte gegeben, nur Decrete. Es mag ja sein, dass die

besonders hervorhebt, so ist auch dafür eine Erklärung leicht gefunden. Eines war den Edicten eigenthümlich, was sie vor allen übrigen Formen der Kaisererlasse auszeichnet: die öffentliche Bekanntmachung. Zudem stand gerade für diese Form der Verordnung, da sie dem Staatsrecht der Republik entlehnt war, sofort eine treffende Bezeichnung zur Verfügung, während sich für die übrigen Arten besondere Namen erst im Laufe der Zeit bilden konnten.

Wahrscheinlich hiessen also, ehe man genauer unterschied, die kaiserlichen Verfügungen allgemein — bei den Juristen ebenso wie im praetorischen Album — *decreta*, sofern sie nicht als Edicte publicirt waren. Der später gebräuchliche generelle Ausdruck *constitutio* scheint anfänglich nicht üblich gewesen zu sein. Auch das Vollmachtsgesetz für Vespasian kennt ihn nicht, sondern nennt *acta gesta decreta imperata*.

Dasselbe Gesetz zeigt übrigens aufs Deutlichste, wie unrichtig es wäre, die Rechtsgültigkeit der kaiserlichen Verordnungen von der Beobachtung irgend welcher Form abhängig zu denken (arg. verb. Z. 17: *quaecunque ..... censebit, ei agere facere ius potestasque sit.* Z. 29: *quaecunque ... acta gesta .. iusta rataque sint).*

Wer den Rescripten und Decreten, welche zunächst allerdings als Individualnormen erlassen wurden, die Anwendbarkeit für andere Fälle absprechen wollte, müsste

---

älteren Praetoren hauptsächlich an Urtheile dachten. Von der am häufigsten vorkommenden Form wird man die Bezeichnung für die Verordnungen überhaupt (mit Ausnahme der Edicte) hergenommen haben. Indess wären bei der Edictsredaction gewiss die Rescripte beigefügt worden, wenn der Ausdruck *decreta* nicht auch die kaiserlichen Antwortschreiben umfasst hätte.

darthun, dass es der Wille der Kaiser war, wo sie dieser Formen sich bedienten, immer nur beschränkte Geltung eintreten zu lassen. In Wahrheit ist vielmehr die entgegengesetzte Absicht als Regel anzunehmen, während die sogenannten Personalconstitutionen [15] die Ausnahme bilden. Bewiesen wird dies, um von Anderem abzusehen, durch die früher (S. 109) mitgetheilte l. 1 D. de const. (1, 4) von Ulpian. Im § 2 dieser Stelle fährt der Jurist fort: *Plane ex his (constitutionibus) quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur.*

Bei Licht betrachtet beruht Savignys falsche Theorie, von der oben (S. 113, 114) schon die Rede war, hauptsächlich auf einer Ueberschätzung der Form, in welcher die kaiserliche Willensmeinung erscheint. Damit in Verbindung steht noch ein anderer Irrthum. Savigny überträgt nämlich einen Grundsatz unseres modernen Rechtes in die Zeiten des römischen Principats; seiner Meinung [16] nach war öffentliche Bekanntmachung notwendig für die Geltung als allgemeines Gesetz. Da er glaubt, solche Kundmachung nur bei den von ihm sogenannten Circularrescripten annehmen zu können, spricht er allen übrigen Kaisererlassen dieser Art und allgemein den Decreten den Charakter von generellen Gesetzen ab.

Mit dem eben Gesagten ist auch schon Stellung genommen in der bestrittenen Frage, ob die kaiserlichen Mandate zu den Constitutionen gehören. Heimbach und ihm folgend Böcking erblicken in den Instructionen der Beamten, insbesondere der Statthalter Rechtsvorschriften

[15] Man darf wohl nicht mit Savigny System Bd. I S. 130 das Wesen der Personalconstitutionen darin erblicken, »blosse Willkür auszuüben.«

[16] Man lese System Bd. I S. 130 Z. 16—19, S. 131 Z. 7—9, S. 132 Z. 13—15.

blos für den Adressaten; für die Provinzialen hätten die Mandate an und für sich keine Gesetzeskraft gehabt, ausser wenn sie denselben bekannt gemacht waren.[17]

Gegen diese Ansicht ist Dasselbe anzuführen, was oben wider Savigny bemerkt wurde. Es ist voreilig, wegen der Form in welcher der kaiserliche Wille sich äussert, die auf Erlassung eines Gesetzes gerichtete Absicht zu leugnen. Thatsächlich werden in den Quellen so manche Rechtssätze auf Mandate zurückgeführt, und völlig unerwiesen ist Heimbachs Behauptung, dass in all diesen Fällen ein Gewohnheitsrecht entstanden sei auf Grund der kaiserlichen Instructionen.

Nun behaupten allerdings die beiden Gelehrten in den Quellen andere positive Belege für ihre Ansicht zu haben. Gaius und Ulpian schweigen von den Mandaten, wo sie die einzelnen Arten der Kaisererlasse aufzählen, und einige Male[18] werden die Beamteninstructionen noch besonders neben den Constitutionen genannt. Letzteres hat wenig zu bedeuten. Wie Rudorff[19] mit Recht entgegnet, könnte mit demselben Argument auch die Constitutionenqualität der Edicte und Rescripte in Frage gestellt werden. Erwiesen ist damit nur die Unsicherheit des Sprachgebrauchs für den Ausdruck *constitutio*, dessen Bedeutung selbst gegen das Ende der klassischen Zeit noch nicht fest umgrenzt war.

---

[17] Bei Plinius Epist. X. 111 beruft sich die Partei auf Traians Mandate. Müssen wir öffentliche Kundmachung (vgl. Plin. X. 97, l. 6 § 1 D. de cust. 48, 3) voraussetzen? Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 876.

[18] In l. 6 pr. D. de extrao. crim. (47, 11) von Ulpian, l. 3 pr. § 1 D. de coll. (47, 22) von Marcian, und l. 4 pr. C. de inc. nupt. (5, 5) von Val. Theod. u. Arc.

[19] Röm. Rechtsgeschichte Bd. I § 56 N. 18 (S. 137); vgl. auch Ulp. l. 1 D. de iure cod. (29, 7) und Fragm. Vat. 125.

Mehr Gewicht hat der ersterwähnte Beweisgrund, das Stillschweigen des Gaius, welches sich in dem Ulpian'schen Fragmente wiederholt und wohl schwerlich erst durch einen Strich der Compilatoren entstanden ist. Verschiedene Schriftsteller haben diesen Umstand in sehr verschiedener Weise erklärt.[20] Welche Deutung das Richtige trifft, ist schwer zu sagen. Uns genügt zu wissen, dass es an annehmbaren Gründen für die Weglassung der Mandate nicht fehlt, und dass jedenfalls Heimbachs Erklärung die Probe nicht aushält.

Gaius selbst stützt die Formfreiheit des Soldatentestaments an zwei verschiedenen Stellen (Inst. II. 109, dazu II. 114, l. 2 D. de test. mil. 29, 1), und ebenso Marcellus (l. 25 D. eod. 29, 1) und Ulpian (Fragm. XXIII. 10) auf *constitutiones principales*, obwohl der letztgenannte Jurist in l. 1 pr. D. eod. als Quelle des Soldatenprivilegs ein *caput ex mandatis* anführt. Wer — wie dies allgemein[21] geschieht — das Sonderrecht des testamentum militis ausschliesslich auf kaiserliche Mandate zurückführt, der wird das Gegentheil von dem, was Heimbach behauptet — die Constitutionenqualität der Beamteninstructionen — ohne Weiteres für erwiesen halten. Ich meinerseits trage jedoch Bedenken der üblichen Auslegung von l. 1 pr. D. cit. beizutreten.

Instructionen in Mandatsform wurden hauptsächlich

[20] Vgl. Savigny System Bd. I S. 142, Puchta Institutionen Bd. I § 110 in f (S. 314), Rudorff a. a. O., Kuntze Excurse S. 315, Böcking in der 1. Aufl. seiner Pand. d. röm. Privatrechts, worüber in der 2. Aufl. Bd. I § 15 N. 16 berichtet wird. Nicht zutreffend scheint mir was Savigny und Rudorff sagen.

[21] Vgl. die in § 8 N. 26 citirten Werke und dazu Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 870.

den Provinzstatthaltern[22] ertheilt und konnten gewiss allen eigentlich kaiserlichen Beamten gegeben werden (arg. l. 1 § 4 D. de leg. III); dagegen ist meines Wissens nirgends ein Mandat bezeugt an die Adresse der alten republikanischen Magistrate, obwohl auch diesen nicht selten Befehle ertheilt wurden.[23]

Das in l. 1 D. cit. im Wortlaut mitgetheilte *caput ex mandatis* wird von Mommsen — wie ich glaube, mit Recht — als ein Stück der Statthalterinstructionen aufgefasst. Damit geraten wir sofort in Schwierigkeiten. Die dem Provinzialpraeses gegebene Instruction galt, obwohl sie temporäres Gesetz war, doch dem Willen des Kaisers zufolge nur in dem Gebiete, das der Regierungsgewalt des beauftragten Beamten unterstand. Selbst eine Norm, die allen Mandaten gemeinsam und zugleich ständig geworden war, hatte als solche in Italien keine Geltung.

---

22 Nicht nur den Regenten der unmittelbar kaiserlichen, sondern auch der senatorischen Provinzen. Dagegen war Italien von der proconsularischen Gewalt des Princeps allerdings ausgenommen. Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 823—827.

23 Vgl. z. B. unten § 10 S. 166, 167. Auch Friedländer Sittengeschichte Roms Bd. I S. 176 (5. Aufl.) nennt als Adressaten nur Proconsuln, Propraetoren und Procuratoren. Mandate kommen schon unter Augustus vor. Dio Cassius (LIII c. 15 — ed. J. Bekker t. II p. 40) erwähnt unter diesem Kaiser ἐντολάς τε τινας, gegeben τοῖς ἐπιτρόποις καὶ τοῖς ἀνθυπάτοις τοῖς τε ἀντιστρατήγοις, ὅπως ἐπὶ ῥητοῖς ἐξίωσι. Dass die Mandate hauptsächlich Provinzialverhältnisse betrafen, zeigt sehr deutlich Ulp. l. 3 § 1 D. de don. inter v. et ux. (24, 1), wo daneben ein S. C. genannt ist. Uebrigens sind die erhaltenen Nachrichten nicht allzu zahlreich, belehrend besonders des Plinius Briefe an Traian (X. 33, 39, 64, 97, 111, 112). Den in Haenels Corpus legum angeführten Stellen ist noch beizufügen eine Inschrift (Corp. inscr. lat. t. III nr. 536), welche unter Alexander Severus einen eigenen *procurator a mandatis* nennt; vgl. auch Hirschfeld Röm. Verwaltungsgeschichte I S. 205, 206 N. 3.

Wenn wirklich das Recht der Militärtestamente nur auf einem Capitel der Statthalter-Instructionen beruhte, dann wären die römischen Magistrate befugt gewesen, dem Soldatenprivileg die Anerkennung zu verweigern. Ich denke, Niemand wird dies zugeben wollen. Gewiss hat der Praetor auch in Rom — und wohl nicht erst seit Hadrian — dem im Soldatentestament Eingesetzten bonorum possessio ertheilt und, wenn ein Streit ausbrach, die civilen und honorarischen Rechtsmittel gewährt.

Nun fragt sich aber, auf welche gesetzliche Bestimmung der Instituirte sein Verlangen stützen sollte, wenn er in Italien Civilerbrecht für sich in Anspruch nahm. An kaiserliche Decrete wird man wegen l. 1 pr. D. cit. nicht denken dürfen; eher könnte es ein Edict gewesen sein oder ein Rescript, vielleicht adressirt an den Praetor.[24] Dass Mandate und Rescripte identischen Inhalts neben einander vorkommen, zeigt l. 35 D. de poen. (48, 19) und l. pr. D. de coll. (47, 22). Die erstere Stelle von Callistratus lautet:

Mandatis principalibus, quae praesidibus dantur, cavetur, ne quis perpetuis vinculis damnetur: idque etiam divus Hadrianus rescripsit.

Wenn das hier erwähnte Rescript älter ist als die Mandatsclausel, welche der Jurist im Auge hat, dann dürfte letztere für die Provinzen nur besonders eingeschärft haben, was Hadrian schon vorher als allgemeinen Grundsatz für das ganze Reich aufgestellt hatte. Sollte umgekehrt das Rescript jünger sein, dann müssten wir

[24] Solche Rescripte werden wiederholt erwähnt; ein Beispiel gibt l. 1 pr. D. de insp. ventre (25, 4).

uns dessen Inhalt hauptsächlich für Italien bestimmt denken.

Die citirte l. 1 pr. ist ein Fragment aus Marcians Institutionen:

Mandatis principalibus praecipitur praesidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalicia neve milites collegia in castris habeant. sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub praetextu huiusmodi illicitum collegium coeat. quod non tantum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit.

Was uns Marcian hier als Text einer Clausel der Statthalter-Mandate mittheilt, ist in einer bekannten Inschrift,[25] die das collegium funeraticium Lanuvinum betrifft, fast wörtlich gleichlautend als *kaput ex S. C. populi Romani* bezeugt. Dieser Senatsschluss, den Pernice[26] als generelle nicht als Individualnorm auffasst, oder irgend ein anderes älteres Gesetz,[27] das sich derselben Worte bediente und jedenfalls in den Provinzen keine Geltung hatte,[28] muss sowohl den Mandaten wie auch dem Re-

---

25 Bei Bruns Fontes pag. 247, dazu p. 154 n. 3 (ed. IV).

26 Labeo S. 305 N. 59.

27 Lex, S. C. oder Constitution (l. 1 pr. D. quod cuiusc. un. 3, 4); vgl. übrigens Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 850, 851. Die Worte der cit. Inschrift könnten tralaticisch gewesen sein. Darum scheint mir das von Pernice a. a. O. gebrauchte Argument doch nicht ganz zwingend; s. auch Cohn Vereinsrecht S. 86, 87.

28 Dies beweisen die Schlussworte der l. 1 pr. D. cit., die ganz sinnlos wären, wenn das Rescript die Bestimmung der Mandate auf Italien ausgedehnt hätte. Ueber das Vereinsrecht seit Caesar vgl. überhaupt Pernice a. a. O. S. 299—306, über l. 1 cit. Cohn a. a. O. S. 101—109, 139—146.

scripte des Severus zu Grunde liegen. Ob letzteres wiederum die Aufnahme des schon auf eine Lex Julia zurückgehenden Verbotes der Collegien in die Statthalter-Instructionen veranlasst hat, ist zweifelhaft und nach der Darstellung Marcians wenig wahrscheinlich. Hier genügt es festzustellen, dass auch im Fall der l. 1 cit. neben den Mandaten eine ältere Vorschrift identischen Inhalts, für Rom und Italien bestimmt, vorhanden war.

Bestätigt wird dies noch durch Gaius in l. 1 pr. D. quod cuiusc. un. (3, 4):

Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur.[29]

Unter den hier erwähnten Constitutionen die bei Marcian genannten Mandate zu verstehen und so die Stelle des Gaius zugleich als Beweismittel für die Constitutionenqualität der kaiserlichen Instructionen zu verwerten, ist schwerlich zulässig, da auch Kaisererlasse anderer Art das Vereinswesen geregelt haben. Dagegen sind wir nach Betrachtung der l. 35 cit. von Callistratus und der l. 1 cit. von Marcian vielleicht in der Lage, zu erklären, wieso einzelne Juristen (N. 18) die Mandate noch besonders neben den Constitutionen aufzählen konnten. Der letztere Ausdruck bedeutet wohl, im engeren Sinne gebraucht, blos die für Italien oder das ganze Reich bestimmten Kaisererlasse, während die Mandate Constitutionen sind, deren Geltung auf eine oder mehrere Provinzen beschränkt war.

---

29 Vgl. auch Marcian l. 3 pr. § 1 D. de coll. (47, 22).

Wenn wir uns schliesslich abermals der l. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1) zuwenden, so dürfte es nun Demjenigen, der unbefangen liest, bald klar werden, dass die Stelle jene Nachricht gar nicht enthält, die man darin gewöhnlich hat finden wollen. Ulpian berichtet:

Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Julius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: Cum in notitiam etc.

In welcher Form Julius Caesar, die Flavischen Kaiser, Nerva und selbst noch Traian die Befreiung des Militärtestaments aussprachen, ist in Ulpians Erzählung mit keiner Silbe angedeutet. Auch von Traian heisst es nur, er habe das Privileg in demselben Umfang wie sein Vorgänger anerkannt, und seitdem sei den Mandaten ein Capitel eingefügt worden, das stehend wurde. Die Inserirung geschah natürlich auf Traians Geheiss; Nichts hindert aber, anzunehmen, dass der Kaiser schon vorher das Privileg durch eine Constitution anderer Art erneuert habe. Wie mir scheint, verlangen sogar Ulpians Worte diese Auslegung. Nicht durch Einfügung in die Mandate lässt der Jurist die Erneuerung des Privilegs geschehen; vielmehr erwähnt er erstere als einen Akt für sich, dem die Bestätigung wahrscheinlich vorangegangen war *(Traianus secutus est et exinde inseri coepit)*.

Wie dem immer sein mag, jedenfalls ist es reine Willkür, gerade an Mandate zu denken, in welchen Julius

Caesar die *concessio,*[30] Titus die *datio* und Nerva die Erweiterung des Privilegs vollzogen haben soll. Der Umstand, dass Ulpian sicher, und wahrscheinlich schon frühere Juristen wie Gaius das Recht des befreiten Militärtestaments im Anschluss an den Text der Beamteninstructionen entwickeln, kann nicht mehr ins Gewicht fallen, seitdem wir Beispiele kennen, wo das Nebeneinanderstehen von Mandaten und Rescripten identischen Inhalts sicher bezeugt ist, und wo die Juristen (Callistratus, Marcian) trotzdem nur den Inhalt oder gar die Worte der ersteren genau mittheilen, während der letzteren nur nebenbei Erwähnung geschieht.

Die Ursache dieser Erscheinung wird in zuverlässiger Weise kaum zu ermitteln sein. Vielleicht war der Text der ständigen Mandatsklauseln den Juristen in einer verbreiteten Sammlung leichter zugänglich als der der Rescripte und der sonstigen Constitutionen. Wo Erlasse gleichen Inhalts vorlagen, mag man dann bei Citaten den Wortlaut der Mandate vorgezogen haben.

Ist durch das eben Gesagte die Existenz von Kaiserverordnungen mindestens wahrscheinlich gemacht, welche neben den, für die Provinzen bestimmten Instructionen das Recht der Militärtestamente für Rom und Italien regelten,[31] dann sind die oben (S. 139) angeführten Stellen

---

[30] Dies gibt auch Fitting Das castrense peculium S. 10 zu, der überhaupt gleich Mühlenbruch das Fragment vollkommen correct übersetzt. Dennoch sagt er (a. a. O. S. 9 N. 12): ... »in dem Capitel der Mandate, worauf seit Traian das Privileg beruhte.«

[31] In dem Rescripte Traians, das Florentinus (Dig. XXVIIII, 1, 24) und die Institutionen (II, 11, 1) mittheilen, darf man freilich das gesuchte Gesetz nicht erkennen. Vgl. noch Ulp. l. 44 D. h. t. (29, 1): *rescripta principum.*

von Gaius, Marcellus und Ulpian nicht ohne Weiteres ausschlaggebend für die Entscheidung des über die Constitutionenqualität der Mandate geführten Streites. Dennoch spricht — wie mir scheint — Alles für die Bejahung dieser Frage.

Dass innere Gründe nicht vorliegen für die Ausschliessung der Mandate, und dass insbesondere der Mangel öffentlicher Kundmachung keine Rolle spielt, ist oben schon gesagt. Selbst wenn die römischen Juristen den Ausdruck *constitutio* für die Beamteninstructionen niemals gebraucht hätten, würde ich kein Bedenken tragen, dieselben auf gleiche Linie mit den übrigen Kaisererlassen zu stellen. Indess lässt sich die in Zweifel gezogene Subsumtion unter den Gattungsbegriff *constitutio* doch mindestens in einer Stelle des Gaius fast mit Sicherheit nachweisen.

Im lib. XV der Erläuterungen ad edictum provinciale (l. 2 D. h. t. 29, 1) heisst es:

De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari.

Der Commentar zum Provinzialedict ist nach Traian geschrieben, und der Verfasser hat in l. 2 cit. zweifellos Provinzialrecht im Auge, wie die Erwähnung des *proconsul* beweist. Mir scheint daher die Annahme unvermeidlich, unter den erwähnten *constitutiones principales* wenn nicht allein, so doch jedenfalls auch die Mandate zu verstehen.

Dieselbe Auslegung liegt noch für zwei andere Stellen, für Gai. II. 109, 114 und Ulp. Fragm. XXIII. 10 ungemein nahe, da in beiden die im *caput ex man-*

datis (l. 1 pr. D. h. t.) enthaltenen Worte: *quo modo volent, quo modo poterint* offenbar als Citat wiederkehren. Dennoch wird man hier nicht mit gleicher Sicherheit schliessen können; denn gewiss ist es keine gewagte Behauptung, wenn man die angeführten Worte als stereotype Phrase ansieht, die möglicher Weise schon der göttliche Julius seinen »Commilitonen« gegenüber gebraucht hat.

Wesentlich andere Argumente als die zuletzt erörterten liegen der Theorie jener Gelehrten zu Grunde, welche den Edicten mindestens der ersteren Kaiser den vigor legis absprechen. Unter den Neueren sind Savigny und Böcking als Vertreter dieser Ansicht zu nennen. Wie sich zeigen wird, ist von der Lehre dieser Schriftsteller bis zur Leugnung der Gesetzeskraft der Constitutionen überhaupt nur mehr ein kleiner Schritt.

Savigny gibt dem Kaiser das Recht zu ediciren nur kraft der in seiner Person vereinigten republikanischen Magistraturen, inbesondere der tribunicischen und der proconsularischen Gewalt. Daraus folgert er die örtlich beschränkte Wirksamkeit der Kaiseredicte. Die vermöge der potestas tribunicia erlassenen hätten nur in Rom Geltung gehabt, die auf dem imperium proconsulare beruhenden nur in denjenigen Provinzen, welche dem Kaiser zugetheilt waren. Von welcher Zeit an Savigny die Edicte als wirkliche Reichsgesetze anerkennt, ist nicht recht ersichtlich. Doch bezeichnet er die Lehre des Gaius (I. 5), der ihnen schon Gesetzeskraft zuschreibe, als sehr »merkwürdig«.

Gegen Savigny hat sich ausdrücklich Dirksen [32] und

[32] Vermischte Schriften I S. 136—139.

stillschweigend auch Puchta[33] und Mommsen[34] erklärt. Vor Allem ist es unerwiesen, wenn behauptet wird, das kaiserliche ius edicendi sei für die verschiedenen Theile des Reiches auf verschiedene Gewalten zurückgeführt worden. Der Kaiser, der erste Beamte des Staates, hatte als solcher selbstverständlich das »allgemein magistratische Recht«, Edicte zu proponiren. Ferner ist es — wie Mommsen[35] darthut — unrichtig, die tribunicische Gewalt des Princeps räumlich in derselben Weise begrenzt zu denken wie die der Volkstribunen, und ebenso irrig ist es endlich, das proconsularische Imperium zu beschränken auf die kaiserlichen Provinzen.

Dirksen beruft sich zur Bekräftigung seines Widerspruchs noch auf l. 3 § 5 D. de sep. viol. (47, 12), wo von Rescripten die Rede ist und schliesslich bemerkt wird: *oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere.* Freilich rührt diese Aeusserung von einem Juristen der Severischen Zeit, von Ulpian her.

Wichtiger scheint mir daher eine Stelle aus Frontos Briefen an Marc Aurel (I, 6),[36] wo die kaiserlichen Decrete als massgebend hingestellt werden für alle Magistrate in allen Provinzen. Von den Edicten spricht freilich ausdrücklich weder Fronto noch Ulpian; doch konnte die Form gewiss nicht entscheiden, und der kaiserliche Wille an und für sich im Decret und im Rescript keine grössere Tragweite haben als im Edict.

Der Wahrheit viel näher als Savigny kommt meines

---

[33] Institutionen I § 111 S. 303 (9. A.).

[34] A. a. O. Bd. II² S. 867, 868.

[35] A. a. O. Bd. I S. 68 N. 3, II¹ S. 234, II² S. 823—827, 836—838, 844.

[36] Mitgetheilt auch bei Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 873 N. 2.

Erachtens Böcking. Dieser scheut sich nicht, offen zu behaupten, das Recht der edicta principalia gehöre »eigentlich zum ius honorarium« und sei ohne Gesetzeskraft. Nur habe allerdings die »immerwährende und durch Vereinigung der höchsten Gewalten in derselben Person erhöhte Macht der Principes schon den Edicten Octavians ein nach Bezirk und Dauer der Geltung so unbeschränktes Ansehen verliehen, dass die allgemeine Gesetzeskraft der Edicte nach Pandektenrecht eine unbestrittene Sache sei.«

So weit Böcking — wenigstens im Princip — eine engere örtliche Begrenzung für die Geltung des kaiserlichen Edictalrechts annimmt, sind gegen ihn dieselben Einwendungen vorzubringen wie gegen Savigny. Neu ist aber die Hervorhebung der grundsätzlich auch hier, wie beim praetorischen Rechte vorhandenen zeitlichen Schranke. Damit ist in der That ein sehr wichtiger Gesichtspunkt angedeutet, den nun auch Mommsen in seinem Staatsrecht festhält, und der im Folgenden für das Constitutionenrecht überhaupt noch zu verwerten ist.

Denselben Gedanken hat übrigens schon vor Böcking Mühlenbruch in dem Commentar zum Pandektentitel XXVIIII. 1 klar und deutlich ausgesprochen. Gelegentlich der Erläuterung von l. 1 pr. D. h. t. *(sed ea concessio temporalis erat)* äussert er sich folgendermassen: »Caesar veranlasste also kein Gesetz, sondern erliess eine blosse Regierungsverfügung, welche wie alle von den ersten Imperatoren als summi magistratus erlassenen Verfügungen an sich nur so lange bindend waren, als ihr Regiment dauerte. Mehr als dies darf man aus dem *legis vicem optinent* (Gai. I. 5), *legis vigorem habent* (l. 1 pr. D. de const. pr.) nicht

schliessen, wenigstens nicht für die Zeit, in welcher die von Ulpian in der l. 1 pr. D. cit. erwähnten Kaiser lebten.«

Mühlenbruch, dessen hier citirte Worte — wie es scheint — unbemerkt blieben, lehnt also die Gleichstellung mit der Lex ab nicht nur bei den Edicten, sondern überhaupt bei allen Constitutionen. Er leugnet die Gesetzeskraft der von den Kaisern im ersten Jahrhundert erlassenen Verordnungen, ja er stellt sie in Frage selbst noch für Ulpians Zeit, denn die von ihm citirte l. 1 pr. D. de constit. rührt eben von Ulpian her.

Freilich ist dieses letztere Fragment ebenso wie Gai. I. 5 und wie fast alle Aeusserungen der klassischen Juristen in Wahrheit gänzlich unvereinbar mit der eben vorgetragenen Theorie. Die von Mühlenbruch vorgeschlagene Auslegung der Worte *legis vicem optinent* und ähnlicher Wendungen ist einfach unmöglich. Der genannte Gelehrte interpretirt nicht, er verkehrt vielmehr den Sinn der von Gaius und Ulpian gebrauchten Phrase in ihr Gegentheil. Bindende Kraft, so lange ihr Regiment dauerte, hatten auch die von den Praetoren aufgestellten Normen. Dennoch ist es niemals einem römischen Juristen beigefallen, denselben legis vigorem zuzuschreiben, und Gaius scheidet — wie wir wissen — die praetorischen Edicte unverkennbar aus der Reihe jener Quellen aus, welchen die gleiche Rechtskraft zukommt wie der Lex.[37]

Erst die neuesten Untersuchungen Mommsens im

---

[37] Vgl. oben § 2 S. 12, 13. Wem Gai. I. 2—7 noch nicht deutlich genug spricht, der vergleiche IV. 118: ... *quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.*

»Staatsrecht« haben wie den Principat überhaupt so auch das kaiserliche Verordnungsrecht in das richtige Licht gerückt. Nach Mommsen[38] steht dem Princeps nicht Gesetzgebung zu, sondern nur Gesetzanwendung (authentische Interpretation). Wenn die Kaiser darüber hinaus die Befugniss in Anspruch nahmen, legislatorische Verfügungen zu treffen, so sei doch das in solcher Weise geschaffene Recht verschieden von dem auf Gesetz beruhenden: der Kaiser könne seine Verordnung jederzeit wieder aufheben, und von selbst falle sie hinweg mit seinem Tode (genauer: mit dem Ende seiner Regierung), ausser im Falle der Erneuerung durch den Nachfolger.

Zur Begründung dieser Sätze, die ich vollinhaltlich als richtig anerkenne, ist Manches — auch aus den Quellen — nachzutragen, was bei Mommsen entweder nicht erwähnt oder doch nicht genauer ausgeführt ist. Zudem muss der Versuch gemacht werden, die Theorie des Pomponius, Gaius und der späteren Klassiker, welche mit der hier gebilligten Ansicht im offenen Widerspruch steht, zu rechtfertigen.

Freilich gibt Mommsen[39] so wenig als Mühlenbruch zu, dass die römischen Juristen einer entgegengesetzten Anschauung huldigen. Wenn ich schon an dieser Stelle vorläufig bemerke, welchen Ausweg man gewählt hat, um der Schwierigkeit zu entgehen, so soll damit nur gezeigt werden, dass die aufgeworfene Frage in der

---

[38] Ich verweise hier ein für allemal auf die Darstellung im Röm. Staatsrecht Bd. II² S. 867—877, 1067—1076. Mommsen folgen Bruns und noch deutlicher Pernice in Holtzendorffs Encyclopädie S. 133—135 (4. A.), Sohm Institutionen S. 49, 50 und neuestens Dernburg Pandekten Bd. I S. 53.

[39] A. a. O. Bd. II² S. 873 N. 2.

That einer genaueren Erörterung bedarf. Nach Mommsen sind die oben S. 109 mitgetheilten Stellen ausschliesslich oder doch hauptsächlich auf solche Kaisererlasse zu beziehen, welche blos authentische Interpretation enthalten, nicht »geradezu neue Satzungen« einführen. Irre ich nicht, so ist diese Auslegung nur ein Notbehelf, und auch ihr Urheber vielleicht nicht abgeneigt, sie gegen eine andere Erklärung einzutauschen.

Die vorstehenden Bemerkungen werden genügen zur Orientirung über die hier in Betracht kommende Literatur. Bekannt ist uns jetzt sowohl die Lehre der Alten als auch die der heutigen Gelehrten über das Verordnungsrecht des Princeps. So ergibt sich für die folgenden Erörterungen die Aufgabe, zu ermitteln, auf welcher Seite die Wahrheit liegt, und vor Allem die Belege zu suchen für die von der Auffassung der Klassiker abweichende Theorie der Neueren.

---

§ 10. Der Princeps als Interpret der Gesetze — Das Constitutionenrecht ein ius honorarium des Reiches.

Der römische Princeps ist trotz der Machtfülle, die er in seiner Hand vereinigt, nicht der Staat selbst, sondern nur dessen oberster Beamter. Noch den Juristen des dritten Jahrhunderts (Ulpian l. 1 pr. D. de constit. 1, 4, Hermogenian[1] l. 35 D. de leg. 1, 3) gilt das Volk als der eigentliche Souverän und die kaiserliche Gewalt als abgeleitet von diesem Träger der Souveränetät. Das Recht der Gesetzgebung insbesondere wird in der Theorie dem populus Romanus noch zugeschrieben in einer Zeit, da die Comitialbeschlüsse längst abgekommen waren.

Ganz unverkennbar spiegelt sich diese Anschauung ab in dem Pandektentitel de legibus I. 3. Die ältesten dort benutzten Juristen sind Pedius und Celsus, zugleich die Einzigen, welche möglicher Weise unter Nerva theilnehmen konnten an dem bereits zur Seltenheit gewordenen Schauspiel einer Volksabstimmung. Die bei Weitem überwiegende Zahl der Stellen ist den Schriften des Julian und der Späteren entnommen. Dennoch entwickeln alle Juristen ohne Ausnahme die ganze Lehre vom Gesetz und dessen Verhältniss zur Gewohnheit nur an der Lex,[2] an einer Form also, die schon abgestorben war.

---

[1] Gehört vielleicht einer noch späteren Zeit an; vgl. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. I S. 199.

[2] Eine Ausnahme macht Modestin (l. 4 D. de const. 1, 4), der von dem Vorzug der jüngeren διατάξεις vor den älteren spricht. Das

Neben der Lex erscheinen dann bei Julian (l. 10, l. 12) die Beschlüsse des Senates, den man sich gewöhnt hatte wie für die Beamtenwahlen, so auch für die Gesetzgebung als Vertreter der Comitien anzusehen.[3] Der Constitutionen wird nur in einem Fragmente von Julian gedacht,[4] u. z. in einer Weise, welche deutlich erkennen lässt, welche Aufgabe nach der Ansicht des Juristen der kaiserlichen Verordnungsgewalt zugewiesen war. Die Stelle muss in Zusammenhang gebracht werden mit der unmittelbar vorhergehenden.

L. 10 D. h. t. Julianus lib. LVIIII digestorum:

Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.

L. 11 D. h. t. Idem lib. LXXXX digestorum:

Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

Hätte der Jurist die Kaisererlasse als eine der Lex und dem Senatusconsult ebenbürtige Rechtsquelle anerkannt, so wären sie in l. 10 D. cit. neben diesen genannt worden. Julians Gedanke aber scheint vielmehr folgender zu sein. Das Recht in seinen Grundzügen ist

---

griechische Wort bedeutet *constitutiones*, nicht — wie in der kleinen Digestenausgabe von Mommsen übersetzt wird — *leges*.

[3] Die ersten Kaiser haben diese Anschauung begünstigt; vgl. Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 847. Dass die Competenz des Senats nicht durch ein Gesetz begründet wurde, kann als sicher gelten; vgl. § 5 J. de iure nat. (1, 2).

[4] Nicht auch in l. 15, l. 16 D. h. t., wo *constituere* in viel allgemeinerem Sinne gebraucht ist; vgl. l. 20, l. 32 § 1 D. eod.

festgestellt durch *leges* und *senatus consulta*. Die bei der Anwendung hervortretenden Lücken sind auszufüllen zunächst durch freie Auslegung, eventuell durch authentische Interpretation des Princeps. Statt der letzteren nennt noch Pedius (l. 13) die *iurisdictio*, d. h. die Rechtssatzung der Praetoren.[5]

L. 10 und l. 11 cit. sind aus verschiedenen Büchern der Julian'schen Digesten genommen. Trotzdem haben gewiss nicht erst die Compilatoren der l. 11 den Gedanken unterlegt, welchen sie an ihrer gegenwärtigen Stelle, nach l. 10, zum Ausdruck bringt. Die Byzantiner waren sicherlich am wenigsten geneigt, die Bedeutung der Kaiserverordnungen herabzudrücken. Was bei Julian im 90. Buche der Digesten dem als l. 11 erhaltenen Satze voranging, wird ungefähr denselben Sinn gehabt haben wie das Bruchstück aus dem 59. Buche, welches jetzt als l. 10 in den Pandekten steht. Auch der Bericht Justinians in l. 2 § 18 C. de vet. iur. enucl. (1, 17) über Julians Anschauung bestätigt die hier gegebene Auslegung der besprochenen Fragmente.

Vielleicht wird man die versuchte Verwertung des Pandektentitels *de legibus* zum Beweise der Mommsen'schen These aus dem Grunde zurückweisen, weil die Compilatoren solche Stellen, welche die für die Lex entwickelten Sätze bei den Constitutionen nochmals betonten, möglicher Weise wegliessen, um Wiederholungen zu vermeiden. Auch könnte man die Nichterwähnung der Kaisererlasse im citirten Titel erklären durch Verweisung auf Dig. I. 4, wo erst ex professo von diesem Gegenstand die Rede ist.

[5] Wesentlich abweichend von Pedius und Julian Constantin in l. 1 C. de leg. (1, 14) und die Anfangsworte der Just. Nov. 134.

Allein es ist ganz und gar unglaublich, dass Justinians Commission Aeusserungen, welche das Volksgesetz betrafen, denjenigen vorzog, die von der Kaiserverordnung handelten. Gewiss hat man Stellen der letzteren Art in den klassischen Schriften nicht gefunden. Daraus erklärt sich auch die auffallende Kürze des Titels *de constitutionibus principum,* wo ausser in l. 4 von Modestin (N. 2) nur Sätze mitgetheilt sind, welche blos von den Erlassen der Kaiser gelten. Uebrigens ist vielleicht in l. 2 h. t. von Ulpian ein Gedanke angedeutet, derselben Grundanschauung entstammend, die schon in l. 10, l. 11 D. de leg. nachgewiesen wurde.

Auf Grund der eben citirten Julian'schen Fragmente haben wir den Princeps für befugt erklärt zur authentischen Interpretation, obwohl die gesetzgebende Gewalt nicht ihm zustand, sondern den Comitien und in Vertretung derselben dem Senate. Diese Annahme scheint auf den ersten Blick nicht recht vereinbar zu sein mit einer Constitution Justinians, die der darin enthaltenen historischen Notizen wegen ausserordentlich wichtig ist. Die Stelle (l. 12 pr. § 1 C. de leg. 1, 14) lautet, so weit sie hier interessirt, folgendermassen:

— *quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat, cum et veteres iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt? Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem im-*

peratoris legum interpretationem, sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatam haberi, si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet..... Explosis itaque huiusmodi ridiculis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.

Seine Spitze kehrt dieses Gesetz bekanntlich gegen die freie Interpretation der Gerichte und der Wissenschaft.[6] Justinian verwirklicht darin eine Idee, die, wie Sueton[7] erzählt, schon in Caligulas Kopf spukte, er macht die Gesetzauslegung zu einem Monopol des Kaisers. Dabei zieht er die *scrupulositas* der alten Juristen ins Lächerliche, welche sich nicht scheuten, die bindende Kraft der kaiserlichen Interpretation in Frage zu stellen. Einige Worte der Constitution, insbesondere der letzte Satz machen den Eindruck, als ob die Byzantiner hinter den *ambiguitates* der Veteres einen Kampf der Juristen gegen die Kaiser um das ausschliessliche Recht der Interpretation gesucht hätten, einen Kampf, den nun Justinian glorreich zu beendigen glaubt. In diesem Bewusstsein bestätigt er auch schliesslich die Werke der *iuris conditores,* mit der Bemerkung, ihre Autorität sei schon früher nur eine von den Kaisern erborgte gewesen.

Es ist auch gar nicht unwahrscheinlich, dass unter den älteren Klassikern Männer waren, welche die Einmischung des Princeps ungern sahen und über Decrete

---

[6] Vgl. Dernburg Preuss. Privatrecht Bd. I § 9 S. 15, 16, § 17 S. 32 (2. A.).

[7] G. Caligula c. 34 in f.

und Rescripte schlecht beratener Herrscher ebenso dachten, wie einer der Imperatoren selbst, Opilius Macrinus.[8] Dennoch können es in erster Linie nicht Erwägungen politischer Natur gewesen sein, welche die *scrupulositas* der Alten hervorriefen. Vielmehr muss es dafür einen Anhaltspunkt gegeben haben in der geltenden Verfassung, da der Zweifel der Juristen dahin ging, *an oporteat regiam interpretationem obtinere.*

Ein Widerspruch dieser Art konnte nur vom Standpunkt der lex lata, nicht der lex ferenda erhoben werden. Verfehlt wäre es freilich, eine Verfassungsnorm zu vermuten, die den Kaiser von der Interpretation gänzlich ausgeschlossen hätte. Die Frage kann nur so gestellt werden, ob und welche Schranken dem kaiserlichen Rechte der Gesetzauslegung[9] oder allgemeiner: dem kaiserlichen Verordnungsrecht überhaupt gezogen waren. Schlechthin konnte keiner von den Veteres dem Princeps das Recht der Interpretation absprechen, da ja schon seit Augustus vielen Juristen das ius respondendi vom Kaiser verliehen wurde, und Letzterer gewiss befugt sein musste, ein Recht selbst auszuüben, das er Anderen übertragen durfte. Auch dass Justinian den alten Juristen gerade scrupulositas vorwirft, deutet hin auf eine von ihnen gemachte Unterscheidung, welche die Grenzen der kaiserlichen Gesetzauslegung bestimmen sollte.

Wenn wir nun fragen, welcherlei Beschränkung die Verordnungsgewalt des Princeps unterworfen war, so

---

[8] Vgl. Capitolinus Vita Macrini c. 13.

[9] Justinian gebraucht in l. 12 C. cit. *interpretatio* nicht im weitesten Sinne, da er den *legum conditor* dem *interpres* ausdrücklich gegenüberstellt. Der Ausdruck bedeutet also ungefähr Dasselbe, wie unsere »Auslegung«.

kann die Antwort kaum zweifelhaft sein. Wie eine der Clauseln des Bestallungsgesetzes für Vespasian (Z. 22—28) zeigt, hatten die Leges im Allgemeinen für den Kaiser ebenso bindende Kraft wie für jeden anderen Bürger, und nur in einzelnen Beziehungen war der Princeps privilegirt. Auch das Recht, von der Beobachtung der Gesetze im concreten Fall zu entbinden, stand nicht ihm zu sondern dem Senate. Selbst unter den Severen, als man längst gewöhnt war an beständige Uebergriffe der Kaiser in die Competenz des Senates, sowohl Gesetze zu geben wie von der Befolgung derselben zu dispensiren, wurde — wie es scheint — wenigstens in der Theorie das alte Princip, die Unterordnung des Herrschers unter die Lex noch immer festgehalten. Der bekannte Ausspruch Ulpians: *princeps legibus solutus* beweist nicht das Gegentheil, da er im Sinne seines Urhebers in dem Commentar zum Julisch-Papischen Gesetze wahrscheinlich nur eine Formulirung Dessen enthält, was schon in der erwähnten Clausel des Bestallungsgesetzes gesagt ist.[10]

Sind die vorstehenden Sätze richtig, so wird es auch gelingen, ungefähr anzugeben, welchen Inhalt die *ambiguitates* der alten Juristen hatten. Eine Beschränkung des Kaisers bei der authentischen Auslegung konnte nur Derjenige leugnen, der bereit war, dem Princeps seine Stellung über der Lex anzuweisen. Es wäre widersinnig, einerseits die Unterwerfung unter die Gesetze zu behaupten, andererseits die Befugniss anzuerkennen, den Inhalt derselben auf dem Wege der Interpretation ins Gegentheil zu verkehren.

---

[10] Vgl. insbesondere Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 727—730, 847—852. Bedenken erregt mir nur L. 1 D. de const. princ. 1, 4 von Ulpian; vgl. weiter unten S. 176, 177.

Genaueres lässt sich freilich über das Dogma der Juristen nicht feststellen. Vielleicht lautete es dahin, der Princeps dürfe Nichts verfügen contra legem, sondern höchstens praeter legem, oder, die Verordnung dürfe nicht geradezu, nicht offenbar dem Gesetze widerstreiten. Mag übrigens welche Formel immer die Grenzen des kaiserlichen Rechtes bestimmt haben, jedenfalls wären die Juristen durch dieselbe ermächtigt gewesen, die Interpretation des Princeps zu überwachen, m. a. W. die authentische Auslegung, die principiell vorgeht, unter die Controle der wissenschaftlichen zu stellen.

Sehr fraglich ist es freilich, ob die Juristen thatsächlich in der Lage waren, die Autorität der Wissenschaft mit Erfolg gegen die des Kaisers ins Treffen zu führen. Meines Wissens nennen die Quellen kein einziges Beispiel, das sich mit einiger Sicherheit als Beleg anführen liesse für die Ablehnung einer Constitution aus dem Grunde mangelnder Competenz des Princeps. [11]

Um dies zu erklären wäre nicht erst zu verweisen auf die faktische Uebermacht des Kaisers. Man bedenke nur, dass die patentirten Juristen ihr eigenes ius respondendi auf kaiserliche Verleihung zurückführen, und dass Viele von ihnen selbst im Consilium des Princeps sassen. Dem Kaiser opponiren hiess die eigene Autorität untergraben. Dazu kommt noch — was weiter unten (§ 11)

---

[11] Dass die in § 8 auf S. 113, 115 und in N. 11, 12 citirten Fälle nicht hieher gehören, ist dort schon gesagt. Auch auf das bei Huschke Gaius. Beiträge S. 22—24 Ausgeführte dürfte man sich nicht berufen, ebenso wenig auf Verordnungen von Kaisern der nachklassischen Zeit, wie c. 2 u. 3 C. Th. de div. rescr. (1, 2) von Constantin, l. 7 C. Just. de prec. imp. (1, 19) von Theodos II, l. 6 C. J. si contra ius (1, 22) von Anastasius.

näher auszuführen ist — die auf S. 110 mitgetheilte Clausel des Lex de imperio, nach deren Wortlaut dem Princeps ein schrankenloses Verordnungsrecht gegeben ist. Das Bestallungsgesetz hätte die Handhabe geboten, um jeden Widerstand gegen die Erlasse mindestens des regierenden Kaisers als verfassungswidrig zurückzuweisen.

Trotz alle dem darf die praktische Bedeutung, welche die principielle Unterordnung des Kaisers unter die Lex hatte, keineswegs unterschätzt werden. So unsicher auch die der Competenz des Princeps gezogenen Grenzen waren und nach der Natur der Sache sein mussten, so zahlreiche Uebergriffe nachzuweisen wären, wenn man das Recht der Interpretation nicht in sehr weitem Sinne verstehen wollte, so wenig lässt sich doch verkennen, dass die Kaiser ihre faktisch kaum beschränkte Gewalt in der Regel nur gebraucht haben, um Sinn und Tragweite der Rechtsnormen und ihre Anwendung auf den einzelnen Fall genauer zu bestimmen, ferner das bestehende System nach allen Richtungen auszubauen, die Lücken auszufüllen, nicht aber dazu, das geltende Recht in seinen Grundfesten zu erschüttern und die althergebrachten Principien desselben durch neue zu ersetzen.[12] Nicht mit Unrecht bemerkt Mommsen, die reformatorischen Verfügungen der Kaiser seien vielleicht beschränkter gewesen als die des Stadtpraetors der Republik.

Um an Beispielen zu zeigen, in welchen Grenzen sich das vom Princeps in Anspruch genommene Recht der Interpretation bewegte, darf zunächst verwiesen werden auf die in anderem Zusammenhang (S. 107, 108,

---

[12] Vgl. auch Bruns in Holtzendorff's Encyclopädie S. 135.

128—130) schon erwähnten Constitutionen. Beifügen will ich noch einige weitere Fälle, wo das Verhältniss der Verordnung zu dem älteren Recht klar vorliegt oder gar vom Kaiser selbst angegeben wird.

Auslegung im strengsten Sinn des Wortes ist es, wenn Severus und Antoninus rescribiren, das Macedonianische Senatusconsult finde auch Anwendung, wenn das Darlehen von einer civitas gegeben sei (l. 15 D. de S. C. Maced. 14, 6), oder, wenn dieselben Kaiser in einem Rescripte erklären, die Vorschrift des Rubrianum könne nicht Platz greifen, wenn dem Praetor die pronuntiatio de libertate entrissen wurde, obwohl die Freilassung gar nicht geschuldet war (l. 26 § 8 D. de fid. lib. 40, 5).

Ausdehnung einer Legalnorm über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet hinaus verordnet das Edict des Claudius in l. 15 pr. D. de lege Corn. (48, 10) und das Edict Traians in l. 6 § 1 D. de extrao. crim. (47, 11). In dem erstangeführten Fragmente berichtet Callistratus: *Divus Claudius edicto praecepit adiciendum legi Corneliae, ut, si quis .... proinde teneatur ac si comisisset in legem Corneliam,* und in l. 6 § 1 D. cit. heisst es: *Onerant annonam etiam staterae adulterinae, de quibus divus Traianus edictum proposuit, quo edicto poenam legis Corneliae in eos statuit, perinde ac si lege testamentaria ... damnatus esset.*

Umgekehrt werden von einer früher in weiterem Umfang anwendbaren Regel Ausnahmen anerkannt beispielsweise in jenen Constitutionen, welche in gewissen Fällen Schenkungen unter Ehegatten gestatten (S. 128), oder von der Vorschrift des S. C. Tertullianum durch Decret des divus Pius, wenn Jemand gestorben ist *relicta*

filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre (l. 2 § 9 D. ad S. C. Tert. 38, 17).

Schliesslich nenne ich einige Kaisererlasse von entschieden correctorischem Charakter. Ein Brief des Plinius an Traian und des Kaisers Antwort (X. 83, 84) belehrt uns über das Verhältniss eines Augustischen Edictes zu der für Bithynien erlassenen Lex Pompeia.[13] Traian hebt ausdrücklich hervor, inwieweit das Gesetz durch die Constitution aufgehoben wurde (*hactenus edicto divi Augusti novatam esse legem Pompeiam*).

Nach Gaius' Erzählung (I. 84) hat Hadrian in Abänderung einer Bestimmung des S. C. Claudianum das Kind, welches von einer ex pacto freigebliebenen civis Romana geboren war, *quae alieno servo volente domino eius coiit,* gleichfalls für frei erklärt (*divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam*).

Dasselbe Motiv soll Vespasian zur theilweisen Aufhebung einer sonst unbekannten Lex veranlasst haben, welche bestimmte, *ut si quis cum aliena ancilla quam credebat liberam esse coierit, si quidem masculi nascantur, liberi sint, si vero feminae, ad eum pertineant, cuius mater ancilla fuerit* (Gai. I. 85). Auch in diesem Fall stellte der Kaiser die allgemeine Regel des ius gentium wieder her und sprach solche Kinder ohne Unterschied des Geschlechts als Sklaven dem Herrn der Mutter zu.

Endlich mag noch auf Ulp. XXII. 34 verwiesen werden, wo ein Erlass Marc Aurels erwähnt ist, der die nach bisherigem Recht eintretenden Wirkungen der cretio imperfecta durchaus abändert.

---

[13] Ueber dieses Gesetz Mommsen Die Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 393 N. 12.

Im Anschluss an Mommsen haben wir in den vorstehenden Erörterungen die Verordnungsgewalt des Princeps aufgefasst als Gesetzanwendung oder authentische Interpretation. Ob es auch im alten Rom üblich war, das kaiserliche Recht in dieser Weise zu definiren, ist kaum nachzuweisen. Jedenfalls muss man diese Auffassung für gerechtfertigt ansehen, wenn man bedenkt, dass der Princeps grundsätzlich den Gesetzen unterworfen war und ursprünglich weder Andere noch sich selbst dispensiren konnte. Indess haben die Kaiser — wie auch Mommsen bemerkt — ein »legislatorisches Verfügungsrecht« geübt, das, man mag den Begriff noch so weit fassen, hinausreicht über die freieste Interpretation. Nur wer etwa bereit wäre von dem ganzen praetorischen Rechtssystem zu behaupten, es sei durch »Auslegung« des ius civile entstanden, könnte auch für die kaiserliche Rechtsbildung diesen Ausdruck beibehalten.

Um das wichtigste Beispiel [11] sofort zu nennen: das Institut der Fideicommisse, die bedeutsamste legislatorische Schöpfung des Principats, ist gewiss nicht entstanden im Anschluss an das Recht der Augustischen Zeit. Vielmehr hat sich die Entwicklung vollzogen auf völlig neuen Grundlagen, neben, ja vielfach im Gegensatz zum bisherigen Recht. In der That verhalten sich die Fideicommisse zu den Legaten ungefähr wie die bonorum possessio zur hereditas, oder das bonitarische zum quiritischen Eigenthum; nur ist bei der kaiserlichen Rechtsschöpfung der Gegensatz zum Civilrecht wenn möglich noch schärfer als bei den genannten

[11] Auf andere ist verwiesen bei Mommsen Staatsrecht Bd. II[2] S. 875; vgl. auch Bekker Aktionen Bd. II S. 194—197, Brinz Pandekten Bd. I S. 307—310 (2. A.).

praetorischen Instituten, wohl darum, weil im Ganzen ius civile und ius honorarium zeitlich nicht so weit aus einander liegen, als das alte Recht der Republik und das des Principats.

Die eben angedeutete Parallele zwischen der Rechtsbildung der Kaiser und der Praetoren wird uns auch abhalten, die erstere schlechthin auf Uebergriffe oder Willkür des Princeps zurückzuführen. Selbst wenn man absieht von der schon öfter erwähnten Clausel des Bestallungsgesetzes, die bekanntlich nicht erst für Vespasian aufgesetzt wurde und die keinerlei Beschränkung des Verordnungsrechtes kennt, wäre doch dem Kaiser, dem obersten Beamten des Staates, eine Befugniss nicht abzusprechen, die zweifellos vor wie nach Augustus den Praetoren eingeräumt war. Wie weit sich Letztere trotz der Beeidigung in leges mit dem geltenden Rechte in Widerspruch setzen durften, ist allgemein bekannt. Für die Kaiser bestand übrigens die Pflicht gar nicht diesen Eid abzulegen, wenngleich ihn Einige freiwillig geleistet haben. [15]

So wenig nun aber die Praetoren ihres ius edicendi wegen von der Verfassung als Gesetzgeber anerkannt waren, eben so wenig dürfte dies vom Princeps behauptet werden. Dagegen wird es keinem Bedenken unterliegen, die Kaiser als Urheber einer Art honorarischen Rechtes zu betrachten in ähnlichem Sinne wie die Praetoren, mag auch der Princeps von den alten Schriftstellern nirgends ausdrücklich zu den Magistraten gezählt, [16] und

---

[15] Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. I S. 600 N. 3, Bd. II² S. 768 und über den Beamteneid überhaupt Bd. I S. 598—600.

[16] Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 726, 727 N. 3.

das von ihm gesetzte Recht niemals als ius honorarium bezeichnet werden.

Allerdings war das Geltungsgebiet und die Geltungsdauer des kaiserlichen Rechtes nicht so beschränkt wie beim ius praetorium. Die tribunicische und die proconsularische Gewalt zusammen umspannten jedenfalls das ganze Reich. Man konnte daher in dieser Beziehung nicht unterscheiden zwischen dem Kaiserrecht und dem ius civile. Dagegen war eine zeitliche Grenze allerdings vorhanden, nur freilich wegen der Perpetuität der erwähnten beiden Aemter eine Beschränkung anderer Art als beim ius praetorium. Das vom Princeps gesetzte Recht galt grundsätzlich nur so lange als dessen Regierung währte, fiel also der Regel nach hinweg mit dem Tode des Kaisers.[17]

Irre ich nicht, so sind auch in unseren Quellen noch Spuren dieser Auffassung nachzuweisen. Die zunächst anzuführenden Stellen betreffen sämmtlich die Fideicommisse. Ueber den Ursprung dieses Instituts berichten die Institutionen, ohne Zweifel einem alten Juristen folgend in § 1 de fid. her. (2, 23):

Sciendum est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat . . . postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iuris-

---

[17] Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 729, 769—772, 822, 823; dazu Hirschfeld Röm. Verwaltungsgeschichte I S. 7, 240, 241 N. 1.

dictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

Ergänzt wird das hier Gesagte noch durch die Erzählung im pr. J. de cod. (2, 25). Ein gewisser Lucius Lentulus soll der Vater [18] der Fideicommisse und der Codicille sein, Augustus das ihm von diesem auferlegte Vermächtniss freiwillig erfüllt und dadurch auch die übrigen Onerirten zu gleichem Verhalten veranlasst haben. Darauf sei in einem vom Kaiser berufenen Juristenrat die Nützlichkeit und Notwendigkeit der Codicille anerkannt worden. Der Bericht schliesst: *post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.*

Schon von Augustus wurde die Gerichtsbarkeit in Fideicommisssachen den Consuln mandirt. Ursprünglich wurde denselben Vollmacht ertheilt nur immer für den einzelnen Fall, später hatten sie ein generelles Mandat. Seit Claudius concurrirten mit den Consuln zwei, seit Titus ein besonderer praetor fideicommissarius (Pomp. l. 2 § 32 D. de O. J. 1, 2, Gai. II. 278, Ulp. XXV. 12, Quintilian Inst. orat. III. 6 § 70). In den Provinzen war auch diese Gerichtsbarkeit den Statthaltern überwiesen. Wichtig ist noch, was wir bei Sueton (Claud. c. 23) über die von Claudius getroffenen Verfügungen lesen:

Iuris dictionem de fideicommissis, quotannis et tantum in urbe delegari magistratibus solitam, in perpetuum atque etiam per provincias potestatibus demandavit. [19]

---

[18] Vgl. übrigens die in Schraders Institutionencommentar (ad II. 23, pr. — pag. 391) citirten Stellen aus Cicero und Valerius Maximus.

[19] Vgl. Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 111, Bekker

Ueberblickt man die hier citirten und theilweise im Wortlaut mitgetheilten Nachrichten, so drängt sich unwillkürlich ein Vergleich auf. Die äussere Geschichte der Fideicommisse hat — glaube ich — die grösste Aehnlichkeit mit dem Entwicklungsgange, den die meisten im Laufe der Zeit ständig gewordenen Klagen des praetorischen Rechtes aufweisen.[20]

Der probeweisen Gewährung der Actio »aus freier Hand« entspricht die specielle Bevollmächtigung der Consuln im einzelnen Fall, der Aufnahme einer Musterformel ins Jahresalbum die für ein ganzes Jahr generell mandirte Iurisdictio, endlich dem tralaticisch gewordenen Klagschema oder dem edictum tralaticium die demandatio in perpetuum.

Dass die generelle Zuweisung der kaiserlichen Gerichtsbarkeit an Delegirte nicht etwa die Uebertragung der Fortbildung des Fideicommissrechtes an untergeordnete Beamte bedeutet, bedarf wohl nicht erst des Beweises. Die Kaiser, welche mit der Zeit selbst die Weiterentwicklung des republikanischen ius civile und ius praetorium an sich zogen, waren gewiss nicht gesonnen, ein ihrer eigenen Initiative entsprungenes Institut aus der Hand zu geben und dessen Ausgestaltung in einheitlichem Sinne für das ganze Reich zu gefährden durch Uebertragung der Fideicommissgerichtsbarkeit an die Consuln, Praetoren und die zahlreichen Provinzstatthalter. Wenn also trotzdem mit dem Wegfall des Specialmandats die unmittelbare Aufsicht des Princeps wenigstens für die Regel der Fälle aufgegeben wurde, —

---

a. a. O. Bd. II S. 194 N. 8, Mommsen a. a. O. Bd. II¹ S. 97, 98, II² S. 875, 876, 937, 914, 945, Arndts bei Glück Bd. 46 S. 43—45.

[20] Darüber Wlassak Edict u. Klageform § 13.

offenbar, um dessen Geschäftslast zu erleichtern, — so muss es wohl schon zu Claudius' Zeiten einigermassen feste Grundsätze gegeben haben über die Behandlung der Codicille und Fideicommisse, Grundsätze, deren Beobachtung dem Delegirten gelegentlich der Uebertragung der Iurisdiction anbefohlen werden mochte.

Zu eigentlich legislativen Formulirungen des Fideicommissrechtes sind freilich die älteren Kaiser nicht vorgeschritten, und selbst die Senatusconsulte und die Constitutionen aus späterer Zeit betreffen zumeist nur einzelne Punkte. Wären über unseren Gegenstand kaiserliche Edicte vorhanden gewesen — nach dem Muster der praetorischen — oder auch nur zur Veröffentlichung bestimmte Beamteninstructionen, so wüssten unsere Quellen davon sicher zu erzählen. Auch wäre gewiss dem von Labeo gegebenen Beispiele, *cum codicillos fecisset,* nicht so grosses Gewicht beigelegt worden,[21] wenn man sich auf gesetzliche Vorschriften hätte berufen können.

Jedenfalls ist darüber kein Zweifel möglich, dass sich die Grundregeln für das neue Institut in der Cognitionalpraxis der ersten Kaiser und ihrer Delegirten feststellten und nur da zur Erscheinung gelangten, m. a. W., dass das Recht der Fideicommisse der Jurisdictio des Princeps seine Entstehung verdankt, ebenso wie das ius praetorium der Gerichtsgewalt des Praetors (*conversum est in adsiduam iurisdictionem*). Wenn wir noch beifügen, dass dieses nur in Decreten, nicht in generellen Constitutionen fixirte, daher theilweise noch ungeschriebene Recht mit dem Wegfall des Princeps, als dessen leben-

[21] Ueber das *optimum ius* im pr. J. de cod. (2, 25) vgl. Schrader zu dieser Stelle (pag. 409).

diger Quelle, notwendig seine Geltung verlieren musste, und dass auch die *demandatio in perpetuum*, von der Sueton spricht, nur die Uebertragung der Iurisdiction anzeigt für die ganze Regierungszeit des delegirenden Kaisers, nicht darüber hinaus, so dürfte damit Alles erschöpft sein, was sich anführen lässt für die honorarische Qualität des Fideicommissrechts unter Augustus und dessen nächsten Nachfolgern.

So viel ich sehe, sind wir bei keinem anderen Institute des kaiserlichen Rechts in ähnlicher Weise über dessen Entstehungsgeschichte unterrichtet wie bei den Fideicommissen. Selbst was die Quellen über die schon an früherer Stelle (§ 8) besprochenen Testirprivilegien der Soldaten enthalten, lässt sich kaum in zuverlässiger Weise für unsere These verwerten.

Mühlenbruch[22] meint freilich, die auf die Regierungszeit des Princeps beschränkte Geltung der kaiserlichen Verordnungen sei in l. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1) für einen besonderen Fall anerkannt. Allein die Worte: *ea concessio temporalis erat* deuten — wie Fitting[23] mit Recht bemerkt — eher darauf hin, dass das Privileg von vornherein nur als ein vorübergehendes gemeint war. Julius Caesar und ihm folgend mehrere Kaiser seit Titus mögen die zeitliche Beschränkung ausdrücklich betont haben, um den Soldaten zu zeigen, wie die ihnen gewährte Vergünstigung abhängig sei von der Herrschaft ihres Wohlthäters, für deren Fortdauer sie dadurch interessirt wurden. Auch das besondere Testirprivileg des filius familias miles, welches nach dem Berichte der

[22] Vgl. oben § 9 S. 149.

[23] Das castrense peculium S. 10.

Institutionen (II. 12, pr.) zuerst von Augustus ertheilt und später von Nerva und Traian erneuert wurde, dürfte mit demselben Vorbehalt gewährt worden sein.[24]

Mit weit grösserer Sicherheit als aus diesen Aeusserungen der Quellen lässt sich auf die der Lex gegenüber geringere Autorität der kaiserlichen Verordnungen schliessen aus zwei bisher nicht erwähnten, völlig feststehenden Thatsachen: aus der Erlassung der sog. leges datae[25] und aus der nachträglichen Bestätigung mancher Constitutionen durch Senatusconsulte.

Der Princeps war ermächtigt, — ohne Zweifel durch das Bestallungsgesetz — in gewissen Ausnahmefällen kraft mandirter Legislation Verordnungen zu erlassen, die nicht nur in derselben Form wie die alten Volksgesetze publicirt, sondern auch geradezu als *leges* bezeichnet wurden. Mit dem Namen war solchen Erlassen selbstverständlich auch die Rechtskraft der Comitialbeschlüsse, also Gültigkeit für alle Zukunft verliehen.

Wer nun glaubt, die Verfassung habe von Anfang an überhaupt allen Constitutionen legis vigorem beigelegt, der dürfte keinerlei sachlichen Unterschied zugeben zwischen dem einfachen Kaisererlass und der Lex data. Es liegt auf der Hand, wie wenig wahrscheinlich diese Annahme wäre. Wenn nur in gewissen Fällen dem Princeps die Befugniss zustand statt des Volkes Gesetze zu geben, so können seine ausserdem erlassenen Verordnungen nicht dieselbe Bedeutung gehabt haben wie das Volksgesetz. Oder sollte wirklich die Constitution

[24] Vgl. Fitting a. a. O. S. 20.

[25] Darüber Mommsen Die Stadtrechte S. 390—395, Röm. Staatsrecht Bd. II[1] S. 704 N. 1, Bd. II[2] S. 852—857.

und die Lex data nur dem Namen nach verschieden gewesen sein? Mommsen hat meines Erachtens mit vollem Recht in dem einfachen Kaisererlass sofort eine nur für die Dauer der Magistratur wirksame Verordnung erkannt, als ihm aus den neuentdeckten spanischen Stadtrechten der Begriff der Lex data klar geworden war.

In ähnlicher Weise lässt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit auf den provisorischen Charakter der Constitutionen schliessen aus dem Zustandekommen von Senatsbeschlüssen, welche — wie ausdrücklich berichtet wird — bestimmt waren, einen vorher schon durch kaiserliches Edict eingeführten Rechtssatz zu bestätigen, genauer zu bestimmen oder in weiterem Umfang anwendbar zu machen.[26] Am deutlichsten nachweisbar ist diese Erscheinung beim Velleianum. Ueber die Geschichte dieses Senatusconsults erzählt Ulpian (l. 2 pr. § 1 D. ad S. C. Vell. 16, 1):

Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est.

Es liegt sehr nahe, hinter diesen Worten etwa folgenden Gedanken zu suchen. Ein definitives Gesetz (das Senatusconsult) über die Intercession der Frauen wurde erst erlassen, nachdem das durch vorläufige kaiserliche Verordnungen eingeführte Verbot, welches nur die Ehefrauen betraf, sich als brauchbar erwiesen hatte. Ob die Claudische Constitution blos eine Er-

[26] Vgl. Mommsen Staatsrecht Bd. II² S. 876, S. 1068 N. 1, S. 1069 N. 3.

neuerung des von Augustus proponirten Edictes war, veranlasst etwa durch den mit dem Tode des Letzteren eingetretenen Wegfall der Verordnung, ist aus der Stelle nicht zu ersehen und meines Erachtens nicht sehr wahrscheinlich.

Ein zweites hieher gehöriges Beispiel ist in anderem Zusammenhang schon erwähnt worden: der Erlass des Kaisers Claudius, welcher der Vorläufer des Tertullianischen Senatusconsultes werden sollte (Inst. III 3, 1).[27] Vermuten lässt sich ein ähnliches Verhältniss auch zwischen dem in l. 24 § 1 D. de reb. auct. (42, 5) mitgetheilten Edicte des divus Marcus und dem Senatusconsult in l. 1 D. in quib. caus. (20, 2), das aus der Regierungszeit desselben Kaisers datirt. Freilich ist nicht festzustellen, ob letzteres wirklich jünger ist als das Edict. Dagegen steht dieser Punkt wie in den ersteren Beispielen ausser Zweifel in dem von Ulpian (XXIV. 28) erzählten Falle:

Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest: idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est.

Sehr merkwürdig ist die ausdrückliche Anerkennung des Senates als des einzigen Gesetzgebers wenige Jahre vor der Aufrichtung der Diocletianischen Monarchie von Seiten des Probus, eines kräftigen Kriegsfürsten, der von den Legionen zur Kaiserwürde erhoben, dennoch der

[27] Vgl. oben § 8 S. 120. Bemerkenswert ist übrigens die genaue Uebereinstimmung von Ulp. l. 2 pr. § 1 D. ad S. C. Vell. (*Et primo quidem . . . divi Augusti . . . postea . . senatus consultum . . . plenissime*) und Inst. III. 3, 1 (*et primus quidem divus Claudius . . . postea . . senatus consulto . . . plenissime*). Ulpian ist wohl der Verfasser auch der Institutionenstelle.

römischen Ratsversammlung grosse Ehrerbietung bezeigte. Vopiscus in der Biographie dieses Kaisers (c. 13) berichtet:

secunda oratione permisit patribus, ut . . . leges quas Probus ederet senatus consultis propriis consecrarent.

Dieses Zugeständniss wäre nicht gemacht worden, wenn es nicht der — allerdings längst missachteten — Verfassung entsprochen hätte.

§ 11. Das Bestallungsgesetz — Erklärung der klassischen Theorie über die Natur des Constitutionenrechtes.

Im Bisherigen ist die Frage nach der Rechtsgrundlage der kaiserlichen Verordnungsgewalt nur flüchtig berührt worden. Erst an der gegenwärtigen Stelle wende ich mich der genaueren Erörterung dieses Punktes zu, um sofort einige Bemerkungen anzuknüpfen, welche dazu dienen mögen, die — streng genommen — unrichtige Lehre der Klassiker von der Gesetzeskraft der Constitutionen zu erklären. Das hier in Betracht kommende Quellenmaterial ist oben S. 109, 110 abgedruckt.

Pomponius, Gaius und Ulpian führen in den dort mitgetheilten Stellen das Verordnungsrecht des Princeps übereinstimmend auf das Bestallungsgesetz zurück. Der erstgenannte Jurist spielt darauf an mit den Worten: *datum est ei ius;* um die Rechtskraft der Constitution zu bezeichnen, wählt er zuerst ein neutrales, vieldeutiges Wort (*ratum esset*), später aber stellt er dieselbe der Lex ausdrücklich gleich.

Gaius erwähnt sofort das Bestallungsgesetz und lässt auf Grund desselben den Kaisererlass wirken gleich der Lex. Die Art und Weise, wie der Jurist diesen Gedanken ausdrückt, lässt unleugbar viel zu wünschen übrig. [1] Weil

---

[1] Vgl. auch Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung S. 219.

es eine Lex ist, die dem Kaiser das Imperium[2] überträgt, sollen seine Verfügungen Gesetzeskraft haben. Wäre dies richtig, so müsste Dasselbe von den Oberbeamten der Republik, z. B. von den Praetoren gelten, da auch sie das Imperium durch Comitialbeschluss erhielten.[3] Die dem Princeps zugesprochene Befugniss kann also nicht überhaupt auf die Existenz einer solchen Lex, sondern nur auf den besonderen Inhalt des Bestallungsgesetzes gegründet werden.

Unvorsichtig ist auch des Gaius weitere Bemerkung: *nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat.* In dieser Aeusserung ohne Weiteres »provinzielle Devotion« zu erblicken,[4] scheint mir freilich etwas gewagt; jedenfalls aber ist die Behauptung des Juristen richtig nur für die den Gesetzen nicht widersprechenden Constitutionen.[5]

Ulpian, der jüngste von den Dreien stützt den legis vigor der Kaisererlasse auf die — vielleicht schon — von ihm sogenannte *lex regia.* Im folgenden Satze bezeichnet er sodann die Constitutionen geradezu als *leges,* was die älteren Juristen wohl niemals gethan haben. Wenn wir annehmen dürfen, dass die hier interessirenden Clauseln des Bestallungsgesetzes (Z. 17—21, 29—32) zur Zeit Ulpians noch denselben Wortlaut hatten wie unter Vespasian, dann wäre uns in der Stelle ein merkwürdiges Zeugniss erhalten für das Bestreben eines kaiserlich gesinnten Juristen, die alte, tralaticisch gewor-

---

[2] Ueber die Bedeutung des Ausdrucks Mommsen a. a. O. Bd. II[2] S. 841 N. 1.

[3] Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. I S. 588 N. 2.

[4] Mit Kuntze Der Provinzialjurist Gaius S. 10.

[5] Vgl. oben § 10 S. 156—160.

dene Lex de imperio zur Begründung der absoluten Kaisergewalt zu verwerten.

Zunächst betont Ulpian nachdrücklich die Schrankenlosigkeit der Verordnungs- oder vielmehr Gesetzgebungsgewalt des Princeps (verb. *quod principi placuit .... quodcumque igitur imperator . .)*, wofür allerdings ohne Weiteres auf die Worte der Lex in Z. 19 u. 29 verwiesen werden konnte. Wichtiger noch ist der Schlusssatz im Principium der Stelle: der Jurist fasst allem Anschein nach den Gesammtinhalt des Gesetzes in die These zusammen: *populus principi et in eum*[6] *omne suum imperium et potestatem confert.*

Da es nur eine Souveränetät, die des Volkes gibt (vgl. Julian l. 32 § 1 D. de leg. 1, 3), so ist damit unzweifelhaft das dyarchische Princip der Augustischen Verfassung, die Mitherrschaft des Senates geleugnet und die Alleinherrschaft des Kaisers proclamirt. Diese Lehre steht, wenn nicht mit den Worten, so doch sicher mit dem Geiste des Vespasianischen Bestallungsgesetzes in unlösbarem Widerspruch, und Ulpian selbst — wenn die obigen Worte wirklich ihm angehören — könnte darüber unmöglich im Zweifel gewesen sein.

Zur Interpretation der drei in Betracht genommenen Stellen ist nun noch Eines beizufügen. Indem die Juristen übereinstimmend den Constitutionen *legis vigorem* zuschreiben, reihen sie dieselben unter die Quellen des ius civile ein. Wie oft die genannten und andere klassische Schriftsteller dieser Anschauung unmittelbar

[6] Diese Worte sind auffällig. Eine Erklärung, welche die Annahme einer Tautologie vermeidet, bei Huschke Incertus auctor pag. 88; vgl. auch Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 840 N. 2, der die Echtheit des ganzen Satzes nicht zu bezweifeln scheint.

Ausdruck geben, wissen wir bereits aus früheren Erörterungen. Hervorzuheben ist besonders Papinians Aeusserung in l. 7 D. de J. et J. (S. 109). Eine abweichende Ansicht könnte man angedeutet finden in l. 14 D. de cond. inst. (28, 7)[7] aus Marcians Institutionen lib. IV. *Condiciones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur.*

Das Fragment rührt von einem der jüngsten Juristen her. Schon dieser Umstand mahnt zur Vorsicht und wird uns abhalten, in l. 14 cit. sofort einen Beleg zu finden für die Sonderstellung der kaiserlichen Edicte. Marcians Worte freilich scheinen letzteren Rechtskraft gleich der Lex zu versagen, da neben den Quellen, *quae legis vicem optinent,* noch besonders die *edicta imperatoria* aufgeführt werden. Dennoch dürften überwiegende Gründe gegen solche Auslegung sprechen.

Vor Allem ist es unglaublich, dass ein Jurist, der die Kaisererlasse allen übrigen Quellen, selbst der Lex voranstellt, denselben geringere Kraft beilegen sollte als dem Gesetze. Hat Marcian die Reihenfolge der l. 14 mit vollem Bewusstsein gewählt und damit zugleich die Rangfolge angedeutet, so vertritt er thatsächlich einen durchaus modernen Standpunkt, der selbst den späteren Klassikern noch fremd war. Uebrigens zeigt die nicht ganz logische Aufzählung der condiciones turpes und

[7] Nicht auch in Stellen wie l. 33 pr. D. de cond. et dem. (35, 1), wo die Constitutionen neben dem ius civile genannt werden; vgl. oben § 6 S. 68. Verdorben und höchst unsicher ist der Text des Fragm. Dosith. 2 (ed. Krüger pag. 151).

derisoriae nach den civilrechtlich verpönten Bedingungen, wie wenig die Stelle mit ihrer nachlässigen Ausdrucksweise geeignet ist, Schlüsse in der hier interessirenden Richtung zuzulassen.

Am allerwenigsten dürfte man sich durch die Hervorhebung der kaiserlichen Edicte verleiten lassen, die übrigen Constitutionen in dem allgemeinen Ausdruck: *quae legis vicem optinent* enthalten zu denken und einen Unterschied zwischen den beiden Arten der Verordnungen hinsichtlich der Rechtskraft anzunehmen.[8] Wenn in dieser Beziehung überhaupt ein Unterschied bestand, so müsste die Ursache gesucht werden in dem Inhalt, nicht in der Form des Erlasses.[9] Nur könnte natürlich der Inhalt immerhin auf die Wahl der Form entscheidend eingewirkt haben.

Wie oben bemerkt ist, stützen Pomponius, Gaius und Ulpian ihre Lehre vom Constitutionenrecht auf die Lex de imperio. Wir fragen nun, ob der erhaltene Wortlaut des Competenzgesetzes für Vespasian[10] (S. 110) mit der Theorie der Klassiker übereinstimmt. Die genannte Lex räumt dem Princeps ein Verordnungsrecht ein im denkbar weitesten Umfang. Wenn es darin heisst, der Kaiser habe die ihm übertragene Befugniss zu üben zum Nutzen und zur Ehre des Staates, so ist es doch ihm selbst anheimgegeben zu entscheiden, was diesem Zwecke entspricht, und während der Dauer

---

[8] Womit Marcian in directe Opposition zu Gaius und Ulpian gebracht würde, welche ausdrücklich auch dem kaiserlichen Edicte Geltung gleich der Lex zuschreiben.

[9] Vgl. dazu das oben S. 136, 148 Gesagte.

[10] Vgl. insbesondere Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 836, 838, 840—845, 871—877.

seiner Regierung kann er wegen Verletzung seiner Pflichten nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Ueber die Beschränkung des kaiserlichen Verfügungsrechtes auf das Gebiet der Gesetzanwendung ist in den hier in Betracht kommenden Clauseln Nichts zu finden. Dagegen lässt sich wenigstens von der ersteren mit Sicherheit behaupten, dass sie die Verordnungen des Princeps der Lex nicht gleichstellt. Zweifelhaft ist nur der Sinn des Schlussabsatzes, worin die vor Erlassung des Competenzgesetzes getroffenen Verfügungen bestätigt werden mit den Worten: *perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussu acta essent.*

Da die Lex nichts Anderes ist als ein *iussus populi* (Gai. I, 3), so könnte mit dieser Phrase den Kaisererlassen legis vigor zugeschrieben sein. Dennoch haben die citirten Worte diese Bedeutung gewiss nicht. Wer so interpretirt müsste etwas Widersinniges gutheissen: nur die vor Uebertragung der Kaisergewalt, nicht auch die nachher erlassenen Verfügungen wären den Gesetzen gleich zu achten. Der angeführte Satz ist daher offenbar anders und — wie mir scheint — folgendermassen zu verstehen.

Sobald die Lex de imperio beschlossen ist, gebietet der Princeps im Auftrage des Volkes. Nun soll nach der Schlussclausel das *ante legem rogatam* Verordnete gerade so gelten, als wäre jene Ermächtigung durch die Lex bereits erfolgt, mithin so, *ac si populi iussu actum esset.*

Darnach bestätigt also das Bestallungsgesetz die oben (§ 10) vertheidigte Auffassung der kaiserlichen Befugniss als eines magistratischen Verfügungsrechtes, das keineswegs gesetzgebende Gewalt ist, und das — obwohl von grösserer Tragweite — im Wesen doch

übereinstimmt mit dem Verordnungsrechte der Praetoren. Um den Gegensatz hervortreten zu lassen zwischen unserer Behauptung und der Lehre der Klassiker seit Pomponius und Gaius, müssten wir sagen: die römischen Juristen legen dem Kaiserrecht legis vigorem bei und erklären es demgemäss für ius civile, während es in Wahrheit doch nur honorarisches Reichsrecht war, das, vom Princeps gesetzt, so lange in Geltung blieb, als dessen Herrschaft währte.

Mit Mommsen haben wir oben die Kaisererlasse, welche blos interpretiren, denjenigen gegenüber gestellt, welche geradezu Neues einführen. Unsere erste Frage geht nun dahin, ob diese Unterscheidung geeignet ist, dasjenige Gebiet zu bezeichnen, auf dem der Kaiser in der That ius civile,. nicht blos honorarisches Recht schaffen konnte, die zweite Frage sodann, ob wir im Stande sind, damit auch die Theorie der Klassiker zu erklären.

Die besprochenen Clauseln der Lex de imperio enthalten keine specielle Ermächtigung des Princeps zur Gesetzauslegung. Die Interpretationsbefugniss war daher entweder ein nicht besonders ausgeschiedener Bestandtheil der magistratischen Verordnungsgewalt und mit ihr verliehen in Z. 17—21, oder es war ihrer gedacht in einem Absatze des Gesetzes, den wir heute nicht mehr besitzen. Letztere Annahme ist darum wenig wahrscheinlich, weil im Falle ausdrücklicher Hervorhebung der authentischen Auslegung in der Lex Spuren davon in den klassischen Schriften sicher nachweisbar wären. So bleibt uns nur übrig jene künstliche Ableitung der kaiserlichen Gesetzauslegung, die oben (S. 158, 159) versucht wurde, falls wir nicht etwa vorziehen, die erwähnte Unterscheidung überhaupt über Bord zu werfen.

Letzteres scheint mir unzulässig, besonders mit Rücksicht auf die Verleihung des ius respondendi Seitens der Kaiser und wegen Justinians l. 12 pr. § 1 C. de leg. 1, 14 (S. 156). Dass die autorisirten Juristen im Responsum, das übrigens immer einen einzelnen concreten Fall betraf, nicht so weit gehen durften als der Princeps vermöge seiner Verordnungsgewalt, wird wohl Niemand bezweifeln.

Wenn Gai. I. 7 die Rechtsweisung der Prudentes ein *iura condere* nennt, so steht dieser Ausdruck nicht wie in dem genannten Gesetze Justinians[11] im Gegensatz zur Interpretation, sondern will gewiss nichts Anderes als gerade die Auslegung bezeichnen. Deutlich gesagt ist dies in den Institutionen (I. 2, 8), wo wir nach den Worten des Gaius Folgendes lesen: *nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est* . . . .

Dasselbe Resultat ergibt auch die Darstellung im Enchiridion des Pomponius (l. 2 § 5, 6, 12, 47 (M. 49, 50) D. de O. J. 1, 2). Seine Aufzählung der Rechtsquellen, wo der kaiserlichen Verleihung des ius respondendi gar nicht gedacht wird, wäre unvollständig, wenn die Autorisirung durch den Princeps auf etwas Anderes gelautet hätte als auf Interpretation, auf Dasselbe also, was schon die Veteres geübt hatten. Da Augustus nur das Ansehen der Responsen heben, nicht deren Qualität ändern wollte, konnte Pomponius, ohne die Juristen mit und ohne Patent zu unterscheiden, allgemein reden von dem *proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*

Hat sonach der Princeps die Juristen ohne Zweifel

[11] Vgl. oben § 10 S. 156 und dazu N. 9.

speciell zur Gesetzanwendung ermächtigt, so wurde wohl auch die Auslegungsbefugniss der Kaiser selbst als ein besonderes ihnen zustehendes Prärogativ aufgefasst. Bekanntlich haben sie von diesem Rechte in unzähligen Fällen, u. z. zumeist in Decreten und Rescripten Gebrauch gemacht. Ihre Interpretation war übrigens noch wirksamer als die Responsen der autorisirten Juristen, da dem Rescripte kein Gutachten von gleichem Ansehen gegenüberstehen konnte.

Ob nicht vielleicht die Kaiser, um an alte, geheiligte Gewohnheit anzuknüpfen die Rechtsweisung in Anspruch nahmen auf Grund des Oberpontificats, der seit Augustus mit der Kaiserwürde verbunden war, muss dahingestellt bleiben.[12] Jedenfalls wäre dann um so eher zu begreifen, weshalb die Juristen — und wohl schon die ältesten — der Auslegung des Princeps, sofern sie den Gesetzen

---

[12] An dieser Stelle ist Puntscharts Grundgesetzliches Civilrecht anzuführen, weil dieser Schriftsteller eine Hypothese vorträgt, deren Annahme sofort eine befriedigende Lösung der im Texte erörterten Frage ermöglichen würde. Puntschart schreibt zunächst (S. 25—30) dem König eine »civilrechtliche potestas legum interpretandarum« zu; diese lässt er beim Sturze des Königtums übergehen auf den Pontifex maximus (S. 33—41), später kraft der Lex Aebutia auf den Praetor urbanus (S. 100, 101, 124—130), endlich von diesem auf den Princeps (S. 77, 377). Einen Auszug aus dem citirten Werke nebst Ergänzungen enthält die Rectoratsrede vom Jahre 1880; vgl. insbesondere S. 11, 37—42. M. E. ist Puntscharts kühner Bau trotz fleissiger Quellenbenutzung vorwiegend ein Werk der Phantasie; um nur überhaupt Belege zu gewinnen, werden die überlieferten Texte häufig sehr gewaltsam »verbessert.« Ueber die Zustände der Königszeit masse ich mir kein Urtheil an; die potestas interpretandarum legum des Oberpontifex ist völlig unerweisbar (vgl. übrigens Ihering Geist Bd. I S. 292—300 — 3. A., Mommsen a. a O. Bd. II[1] S. 44 47, 69, 70, II[2] S. 1052—1054) und dass der Praetor urbanus diese Befugniss nicht hatte, scheint mir festzustehen.

nicht widersprach, gleiche Kraft zuschrieben wie der Lex und aus ihr ius civile hervorgehen liessen. Die Rechtsweisung des Kaisers war damit nur auf gleiche Linie gestellt mit der auctoritas der alten Prudentes. Zudem ergab sich wohl, wenn der Princeps den Juristen als der oberste Gesetzinterpret erschien, schon aus dem Begriffe der Auslegung, dass dem auf solchem Wege geschaffenen Rechte dasselbe Ansehen zukomme wie dem interpretirten Satze selbst, zumeist also civilrechtliche Geltung.

In folgerechter Anwendung des eben erwähnten Princips müssen wir das durch Auslegung gewonnene Recht praetorisch nennen, wenn es eine Regel des ius praetorium ist, die den Gegenstand der kaiserlichen Interpretation bildet Hieher gehörige Beispiele sind schon oben S. 106—108 genannt. Jedenfalls ist die Vorstellung abzuweisen, als hätten sich die Kaiser in Anerkennung ihrer Incompetenz, ius civile zu schaffen, zuweilen damit begnügt, Rechtssätze praetorischer Qualität einzuführen.

Für die Zeit, welche uns am besten bekannt ist, für die Hadrianische und Severische Epoche wäre diese Erklärung schon darum unbrauchbar, weil damals in Wirklichkeit bezüglich des Geltungsgebiets und der Geltungsdauer kein Unterschied mehr bestand zwischen ius civile und dem im Julianischen Album fixirten ius praetorium. Gewiss lag dem Princeps Nichts ferner als der Gedanke, ein Recht geringerer Tragweite einzuführen, wenn er etwa das Erbsystem ergänzte durch einen neuen Fall — nicht der hereditas, sondern — der bonorum possessio (S. 121). Offenbar sollte durch diese Bezeichnung vor Allem der Inhalt des in der Constitution

gegebenen Erbrechts näher bestimmt werden, und nur in dieser Beziehung eine Gleichstellung mit den originär-praetorischen Fällen eintreten. Auch waren unzweifelhaft die rechtsprechenden Magistrate an solche Kaisererlasse nicht minder gebunden wie an diejenigen, welche hereditas verliehen, daher denn auch in der bekannten Edictsclausel der l. 1 pr. D. ut ex leg. (38, 14) nicht etwa die Verkündigung eines frei gefassten Entschlusses erblickt werden darf.

Uebrigens erfahren wir aus dem eben citirten Edicte, dass die Römer auch Fälle legaler bonorum possessio kannten. Nachweisbar eingeführt sind solche durch die Julisch-Papische Gesetzgebung, [13] welche vielleicht das erste Beispiel dieser Art enthält. In gleichem Sinne werden dann der Senat und — was noch häufiger vorkam — die Kaiser bonorum possessio gegeben und sonstiges dem Inhalte nach praetorisches Recht geschaffen haben. Was für die erwähnte Lex Niemand leugnen wird, dass sie dauerndes und für alle Beamten bindendes Recht aufstellen wollte, [14] gilt gewiss auch für die Constitutionen.

Man wird daher fragen dürfen, ob die römischen Juristen das von mir sogenannte secundär-praetorische Recht aus den angeführten Gründen nicht doch als ius civile anerkannt haben. Meines Wissens gibt es kein Quellenzeugniss, aus dem sichere Antwort zu gewinnen

[13] Was schon Heineccius bemerkt hat. Vgl. darüber die bei Schirmer Handbuch des Röm. Erbrechts I § 7 N. 28 (S. 87) angeführten Schriftsteller; dazu noch aus neuester Zeit Leist bei Glück Serie der Bücher 37, 38 Th. V S. 324 N. 11.

[14] Vgl. auch Ad. Schmidt Das Pflichttheilsrecht des Patronus S. 16 N. 38.

wäre auf diese rein terminologische Frage. Freilich fassen die klassischen Schriftsteller das Constitutionenrecht überhaupt, ohne eine Ausnahme anzumerken, als ius civile auf. Darin also könnte die gesuchte Antwort gefunden werden. Dennoch glaube ich im entgegengesetzten Sinne entscheiden zu müssen.

Das »praetorische« Recht der Constitutionen wird wohl darum in der Quellentheorie der alten Juristen nicht besonders hervorgehoben, weil es thatsächlich galt wie ius civile. Andererseits hätten die Klassiker doch die obige Frage, die freilich im Kopfe eines Römers nicht leicht entstanden wäre, meines Erachtens etwa in folgender Weise beantwortet: Wenn der Princeps bonorum possessio einführt — um bei diesem Beispiel zu bleiben — so setzt er sich damit gewissermassen an die Stelle des Praetors und ergänzt das praetorische Erbsystem. Gewiss wäre es wenig angemessen, hier ius civile anzunehmen, da das civile Erbrecht hereditas heisst, nicht bonorum possessio. Zudem sind die Klageformeln zum Schutze Desjenigen, den die Constitution als bonorum possessor anerkennt, doch genau so zu concipiren wie die Actionen des originär-praetorischen Erben.

Dasselbe gilt ganz allgemein, wo immer der Princeps das Anwendungsgebiet einer actio praetoria erweitert. In all diesen Fällen müsste man — offenbar unpassend — eine Klage actio civilis nennen, die doch den Stempel des ius praetorium an sich trägt.[15] Daher empfiehlt es sich wohl am besten, den früher vorgeschlagenen Namen beizubehalten und von einem »secundär-praetorischen« Rechte zu reden.

[15] Derselbe Gedanke ist schon oben § 6 S. 76, 77 verwertet worden bei Erklärung der l. 10 D. de V. S. (50, 16).

Ein Punkt ist nun schliesslich noch zu erledigen, der schon wiederholt (S. 151, 152, 181) als der Erörterung bedürftig bezeichnet wurde. Die von den Klassikern vorgetragene Quellentheorie ist unvereinbar mit Dem, was wir oben, von der staatsrechtlichen Stellung des Princeps ausgehend und Mommsen folgend, über die Geltung des Constitutionenrechtes behauptet haben. Dieses hat nach unserer Ansicht nicht legis vigorem und ist seiner Natur nach blos honorarisches Recht. Nur insoweit, als die kaiserliche Interpretationsgewalt reicht, haben wir wahres ius civile angenommen, ohne übrigens zu verkennen, dass selbst für diese Behauptung kaum ein sicherer Nachweis zu erbringen ist.

Wesentlich anders lauten die hier in Betracht kommenden Aussprüche der römischen Juristen, des Pomponius, Gaius, Papinian und Ulpian (S. 109). Ohne die von uns gemachte Unterscheidung hervorzuheben, erklären sie alles Constitutionenrecht ohne Ausnahme — daher unter Anderem vielleicht auch das Recht der Fideicommisse — für ius civile.

Mommsen freilich schlägt vor, die in den citirten Stellen enthaltene Theorie doch auf solche Constitutionen nicht zu beziehen, welche geradezu Neues einführten. Indess braucht man blos den Wortlaut jener Fragmente zu vergleichen, um sofort zu bemerken, dass für diese einschränkende Auslegung keinerlei Anhaltspunkte vorliegen. Gaius und Ulpian zählen — von den Mandaten abgesehen — alle Formen der Kaisererlasse auf und Letzterer sagt überdies ganz ausdrücklich: *quodcumque imperator .. statuit ... legem esse constat.*

Meines Erachtens ist ein Widerspruch vorhanden, der sich in keiner Weise hinwegdisputiren lässt. Man

wird zugeben müssen, dass die Lehre der Klassiker in der That unrichtig oder mindestens ungenau ist, und unsere Frage kann nur dahin zielen, welche besonderen Umstände die Aufstellung jener falschen Theorie veranlasst haben.

Vorerst möchte ich hier eine schon früher (S. 176, 177) geäusserte Vermutung wiederholen. Ulpian und vielleicht noch andere Juristen der Severischen Zeit dürften den Versuch gemacht haben, durch tendenziöse Auslegung des Bestallungsgesetzes an die Stelle der Augustischen Verfassung die absolute Monarchie zu setzen und dem entsprechend das Verordnungsrecht des Princeps umzubilden zur gesetzgebenden Gewalt im wahren Sinne des Wortes. Bekannt ist, wie die Kaiser selbst diesen Umwandlungsprocess beständig gefördert haben durch immer häufigere Uebergriffe in die Competenz des Senates.

Für die Erlangung der gesetzgebenden Gewalt war besonders wichtig der Uebergang der senatorischen Dispensationsbefugniss auf den Princeps.[16] Hatte der Kaiser einmal die Macht, sich selbst und Andere von der Beobachtung der Gesetze zu entbinden, oder wurde gar sein Erlass, sofern er mit der Lex im Widerspruch stand, von vornherein so aufgefasst, als enthielte er zugleich die Dispensation, dann war man nahe daran, dem Träger der höchsten Gewalt auch das Recht zuzugestehen, Gesetze überhaupt zu beseitigen. Hatte man bisher die Interpretation des Kaisers und dessen magistratische Verordnungsgewalt aus einander gehalten, so war nun Anlass geboten, die Scheidewand niederzureissen und den Unter-

[16] Vgl. darüber Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 727—729, 847—852.

schied zwischen den beiden Arten der Constitutionen gänzlich zu verwischen.

Dem Gesagten nach wäre der Princeps wenigstens den letzten Klassikern in Vertretung des Volkes als wahrer Gesetzgeber erschienen, und seine Erlasse hätten dieser Lehre zufolge Geltung gleich der Lex beanspruchen können, wie sie unter den früheren Kaisern nur den Senatusconsulten zugeschrieben wurde.

Natürlich ist diese auf l. 1 D. de const. princ. (1, 4) gegründete Hypothese nicht geeignet, alle Schwierigkeiten zu beseitigen. Von ihrer Unsicherheit abgesehen, könnte sie doch nur dazu dienen, den von Ulpian und dessen Zeitgenossen eingenommenen Standpunkt zu rechtfertigen, nicht auch die gleichlautende Lehre der Hadrianischen Juristen. Mir scheint daher der folgende Erklärungsversuch, der übrigens den erstangeführten nicht beseitigt, weitaus den Vorzug zu verdienen.

Die Geltung der Constitutionen war, sofern sie nicht blos interpretirten, der Verfassung gemäss grundsätzlich beschränkt auf die Regierungszeit des Kaisers, von dem sie herrührten; thatsächlich aber galten sie in aller Regel ohne alle zeitliche Beschränkung,[17] also genau so wie ius civile. Dies dürfte auch der Grund gewesen sein, weshalb die Kaisererlasse von den Juristen zu den Quellen des Civilrechts gestellt wurden. Wie mir scheint, haben die Klassiker bei Aufstellung ihrer Theorie mehr die Wirklichkeit, die stetig geübte Praxis zu Rate gezogen als die doch nicht buchstäblich zur Anwendung gebrachten Grundsätze des Staatsrechtes.

---

[17] Fronto in dem oben S. 148 citirten Briefe: *tuis decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciuntur.* Doch liegt es nahe, hier an Gesetzanwendung zu denken.

Von diesem Gesichtspunkt aus war es durchaus gerechtfertigt, civiles, nicht blos honorarisches Recht aus den kaiserlichen Verordnungen hervorgehen zu lassen, da deren fortdauernde Gültigkeit faktisch nur bei einer Verurtheilung des entthronten oder verstorbenen Herrschers und bei der auch ohne Damnation vorkommenden actorum rescissio [18] in Frage gestellt war. Auch in diesen Fällen dürfte übrigens — wie Mommsen bemerkt — die effective Cassation sich beschränkt haben auf die sittlich oder politisch verwerflichen Acta, während nur selten Erlasse von privatrechtlichem Inhalt im w. S. davon betroffen wurden.

Die Kaiser selbst haben Alles gethan, um ihren eigenen und den Verordnungen ihrer Vorgänger den Charakter dauernder Gesetze zu verleihen. Nur ausnahmsweise und aus besonderen Gründen, wie beim Testirprivileg der Soldaten (S. 170), mochten sie sich veranlasst sehen, die Geltung eines Erlasses ausdrücklich auf die Dauer ihrer Regierung zu beschränken. Weshalb auch das Recht der Fideicommisse in der ersten Zeit, dem Willen der Kaiser entsprechend, provisorischer Natur war, ist früher (S. 166—170) schon gezeigt worden.

Von solchen Ausnahmen abgesehen war das Bestreben der Principes offenbar darauf gerichtet, das von ihnen gesetzte Recht der Lex gleichzustellen. Fortdauernde Geltung wurde den Constitutionen früherer Regenten einmal verschafft durch ausdrückliche oder stillschweigende, specielle oder generelle Bestätigung Seitens der Nachfolger; sodann hauptsächlich durch die Aufnahme der Acta der Vorgänger in den von allen

---

[18] Vgl. darüber Mommsen a. a. O. Bd. II² S. 1067—1078.

Beamten zu leistenden Eid,[19] der früher nur auf die Leges gelautet hatte. Endlich haben die Kaiser — wie es scheint, von allem Anfang an — keinen Anstand genommen, für die von ihnen geschaffenen Privatrechte Bezeichnungen zu gebrauchen, die dem civilen System entlehnt waren.[20]

Den für die Praetoren der Republik geltenden Satz, dass der rechtsprechende Magistrat heredem facere non potest, haben die Kaiser für die von ihnen ausgehende Rechtsbildung wohl niemals anerkannt. Die vom Princeps verliehene Erbberechtigung war in aller Regel hereditas und wurde als solche nicht erst von den Juristen aufgefasst, sondern offenbar schon in den Constitutionen mit diesem Namen belegt. Sicherlich war in solchen Fällen mit der Wahl der civilrechtlichen Terminologie für den neuen Rechtssatz stillschweigend dieselbe Geltung in Anspruch genommen, wie sie den Normen des ius civile zukam.

All diese Momente, welche selbst für das praetorische Recht des Julian'schen Albums nicht zutrafen, mögen schon die Schriftsteller der Hadrianischen Epoche bestimmt haben, über den Mangel gesetzgebender Gewalt beim Princeps hinwegzusehen und in Berücksichtigung des faktischen Zustandes alle Constitutionen ohne Ausnahme als Quellen des ius civile anzuerkennen. Ob auch die Fideicommisse wenigstens von den späteren Klassikern zu den Instituten des Civilrechts gezählt wurden, ist kaum mit Sicherheit zu entscheiden.[21]

---

[19] Näheres bei Mommsen a. a. O. Bd. I S. 600, Bd. II² S. 768, 869 N. 8, S. 871, 1074.

[20] Beispiele oben in § 8.

[21] Dass durch Stellen wie l. 70 (M. 72) § 1 D. de S. C. Treb.

Savigny[22] bejaht die Frage, indem er überhaupt alle cognitiones extraordinariae dem ius civile zuweist, also auch die Klage des Fideicommissars. Sachlich trifft diese Entscheidung gewiss das Richtige. Schon im zweiten Jahrhundert des Principats standen die Grundsätze des Fideicommissrechtes vollkommen fest und hatten ohne Zweifel dieselbe Autorität wie alles übrige Kaiserrecht. Nur möchte ich nicht glauben, dass die Frage in der Fassung, wie sie hier gestellt und von Savigny bejaht wurde, den römischen Juristen jemals vorlag.

Seitdem unter Hadrian das ius praetorium, so weit es im Album codificirt war, thatsächlich die Natur eines dauernden Rechtes angenommen hatte, war es fast nur mehr die Formelconception,[23] derentwegen man noch die Herkunft der Klagen in Betracht zog. Da der Fideicommissanspruch nicht im Formularprocess geltend gemacht wurde, ist für denselben die Frage, ob civil oder praetorisch in den klassischen Schriften wohl niemals aufgeworfen und darum auch nicht entschieden worden.

(36, 1), wo die persecutio in Gegensatz gebracht wird zur actio civilis, die honorarische Qualität der ersteren nicht bewiesen wird, darüber vgl. oben § 6 S. 74—79 und N. 51; dazu noch S. 125 N. 33.

[22] System Bd. V S. 65.

[23] Ich wiederhole hier nur, was schon in anderem Zusammenhang (S. 48, 78) gesagt wurde.



QUELLENREGISTER.

I. Vorjustinianische Quellen.

Seite

Breviarium Alaricianum.

Interprét. ad Pauli Sent. I. 5, 2 . . . 84
I. 13[a], 3 84
I. 15, 2 84

Capitolinus.

Macrinus c. 13 . . . 158 N. 8

Cicero.

pro Roscio com. c. 5 § 25 . . 2, 20 N. 9, S. 35
pro Caecina c. 12 § 34 . 2, 35
c. 33 § 96 . . 129 N. 41
act. sec. in Verr. I c. 42 § 109 . . 13
II c. 12 § 31 . . 23 N. 17
de offic. I c. 10 § 32, 33 . 6

Codex Theodosianus.

1, 2 de div. rescr.
2 . . . . . . 160 N. 11
3 . . . . . . 160 N. 11
1, 10 de off. com.
3 94
2, 16 de int. rest.
2 § 4 9
2, 24 fam. herc.
1 9
4, 4 de testam.
7 § 2 9
5, 9 de sec. nupt.
1 § 4 9
9, 42 de bon. proscr.
2 9
9 9
16, 2 de episc.
20 9

Seite

Collatio.

VII. 4, 1 83
XVI. 5, 1 8

Constitutiones Sirmondi.

c. 1 37

Dio Cassius.

L III c. 15 . . . 140 N. 23

Fragm. de iure fisci.

§ 3 . . . . 56 N. 19

Fragm. Dosith.

2 . . . . 178 N. 7

Fragmenta Vaticana.

§ 125 . . . . . . 138 N. 19
§ 195 . . . . . . 156 N. 19

Fronto ad M. Caesarem.

I. 6 . . . 148, 189 N. 17

Gai Institutiones.

I. 2 . . . . . . 13 N. 3
I. 2—7 . 12, 13 N. 4, S. 36, 150 N. 37
I. 3 180
I. 4 . . . 98, 102, 103, 104
I. 5 . 109, 147, 149, 150, 175, 176, 177, 179 N. 8, S. 187
I. 6 . . . . . 13 u. N. 13
I. 7 182
I. 54 . . . . 5, 36
I. 83 98
I. 84 . . . . 98, 163

Seite

I. 85 163
I. 173—187 29
I. 184 . . . . 27, 28, 31
I. 200 32
II 40 5
II. 41 5
II. 109 . . . 125, 139, 146
II. 110 . . . . 68 N. 41
II. 114 125 u. N. 33, S. 139, 146
II. 119 . . . . . 125, 126
II. 120 107
II. 126 107
II. 136 7
II. 143 65 N. 36, S. 68 N. 41
II. 197 . . . . . 68 N. 41
II. 206 . . . . . 68 N. 39
II. 207 . . . . . 56 N. 19
II. 218 . . . . . 68 N. 41
II. 220 . . . . . 68 N. 41
II. 221 . . . 114 N. 17
II. 222 5
II. 251 101
II. 253 . . . . 100, 101
II. 255 . . . . 68 N. 41
II. 278 . . 67, 87 N. 63
III. 26 123
III. 32 99, 103, 104, 111 N. 9, S. 115
III. 33[b] . . . . 126 N. 34
III. 35 123
III. 56 . . . . 129 N. 41
III. 63 . . . . . 68 N. 41
III. 66 . . . . . 68 N. 41
III. 71 7
III. 119[a] . . . . 45 N. 1
IV. 34 7
IV. 110 . . . . 4, 99, 116
IV. 111 . . . 99, 101 N. 8
IV. 118 . . . 4, 150 N. 37

Gellius.

XI. 18 . . . . . 87 N. 63
XII. 13 . . 66, 67, 93 N. 75
XIV. 7 73 N. 46, S. 92 N. 73

Gesta de aperiundo testamento.

IV. 5 . . . . 10 N. 2

Seite

Gromatici veteres (rec. Lachmann).

S. 16 Z. 4
S. 22 Z. 10 } 81 u. N. 57, S. 82
S. 24 Z. 1, 4, 5

Inschriften.

Corpus inscr. lat. III Nr. 536 140 N. 23.
Kaput ex S. C. p. R. . . 142
Lex de imperio Vespasiani
Z. 13 . . . . . 93 N. 77
Z. 17 136
Z. 17—21 110, 161, 176, 179, 180, 181
Z. 19 177
Z. 22—28 159
Z. 29 . . . . . 136, 177
Z. 29—32 110, 161, 176, 180

Novellae constitutiones.

Nov. c. Valentiniani III.
Tit. XX. c. 1 § 2 9, 37, 38

Pauli Sententiae.

I. 5, 2 . . 84 N 59, S. 94
I. 13[a], 3 94
I. 15, 2 94
III. 5, 18 83
V. 5[a], 1 . . . . . 93 N. 75

Plinii epistolarum lib. X (ad Traianum).

33 . . . . 140 N. 23
39 . . . . 140 N. 23
64 . . . . 140 N. 23
71 . . . . 115 N. 18
83 163
84 163
97 . 138 N. 17, S. 140 N. 23
111 . 138 N. 17, S. 140 N. 23
112 . . . . 140 N. 23

Quintilian.

Inst. orat. III. 6. § 70 . . 167

Servius in Verg. Aeneidem.

II. 102 . . . . . 84 N. 61

Seite

Sueton.

Tiberius c. 31 . . . . 92, 93
G. Caligula c. 34 . . 157 N. 7
Claudius
c. 15 82
c. 23 93 N. 75, S. 167, 168, 170
Vespasianus c. 10 92 N. 73, S. 93 N. 75
Domitianus c. 8 . . 92 N. 73

Taciti Annales.

II. c. 56, c. 77 . . . 22
XIII. c. 51 94

Ulpiani lib. sing. regularum.

I. 21 . . . . 68 N. 39
I. 24 31
VII. 1 . . . 128 N. 39
XI. 2 . . . . . . 28, 32
XI. 9 32
XI. 14 32
XI. 17 32
XI. 18—23 29
XI. 24 28
XII. 1 . . 7, 32, 33, 34
XII. 3 . . . . . 33, 34
XVII. 1 . . . . 68 N. 39
XVII. 2 . . . . 56 N. 19
XVIII. 1 . . . . 68 N. 39
XVIIII. 17 . . . . 56 N. 19
XX. 20 122
XXII. 19 . . . . 68 N. 41
XXII. 23 7
XXII. 24 8
XXII. 34 163
XXIII. 6 103 N. 16, S. 125, 126
XXIII. 10 125 u. N. 33, S. 139, 146
XXIV. 11[a] . . . 68 N. 41
XXIV. 12 . . . . 68 N. 39
XXIV. 13 . . . . 68 N. 39
XXIV. 26 . . . . 68 N. 41
XXIV. 27 . . . . 68 N. 41
XXIV. 28 . . . . 105, 173
XXIV. 31 . . . . 68 N. 39
XXV. 12 . 87 N. 63, S. 167
XXV. 17 . . . . 56 N. 19
XXVI. 7 99
XXVI. 8 99
XXVIII. 5 . . . 126 N. 34
XXVIII. 6 . . . 126 N. 34

Varro.

De lingua lat. VI. c. 7 § 71 22, 23

Vopiscus.

Probus c. 13 . . . 22, 174

II. Justinianische Quellen.

Seite

Institutiones.

1, 1 de J. et J.
§ 4 . . . . 80 N. 54
1, 2 de iure nat.
§ 3—9 . . . . 36 N. 2
§ 5 . . . . 98, 154 N. 3
§ 6 109
§ 7 14
§ 8 182
1, 20 de Atil. tut. . . . 29
1, 21 de auct. tut.
§ 3 . . . . 27 N. 25
1, 24 de satisd. tut.
§ 2 . . . . . . 129 N. 40
2, 10 de test. ord.
§ 2 10
§ 3 . . . . . . 10, 72, 79
2, 11 de mil. test. . . . 125
§ 1 . . . . . . 145 N. 31
2, 12 quib. non est perm.
pr. 122, 171
2, 13 de exh. lib.
§ 7 7

Seite
2, 23 de fid. her.
§ 1 . . . . 166—169
§ 10 10
2, 25 de cod.
pr. . . 167, 169 u. N. 21
3, 1 de her. quae ab int.
§ 14 10
3, 3 de S. C. Tert.
§ 1 119, 120, 173 u. N. 27
§ 2 . . . . 119, 120
3, 4 de S. C. Orf. . . . 99
3, 10 (Kr. 3, 9) de b. p.
pr. 10
§ 1 . . . . . . 126 N. 34
§ 2 103
§ 6 (Kr. § 7) 121
§ 7 (Kr. § 8) 121 u. N. 25
3, 12 (Kr. 3, 11) de eo cui lib.
pr. 87 N. 63, S. 129 N. 40
§ 1 . . . . . . 129 N. 40
3, 13 (Kr. 3, 12) de succ. subl.
pr. . . . . 87 N. 63
3, 14 (Kr. 3, 13) de oblig.
§ 1 . . . . 6, 36
4, 6 de action.
§ 3 . . . . 4, 36
§ 13 . . . 4, 129 N. 42
4, 12 de perp. act.
pr. 4, 116
4, 13 de except.
§ 7 4
4, 15 de int.
§ 8 . . . . 87 N. 63
4, 17 de off. iud.
pr. . . . . 111 N. 9

Digesta.

Const. Δέδωκεν § 18 . . . 16
1, 1 de J. et J.
1 § 2 . . . . . 80 N. 54
7 . . . . 13, 36
7 pr. 59, 98, 109, 134, 135, 178
11 . . . . . . 14, 36 N. 2
1, 2 de O. J.
2 § 4—12 36
2 § 5, 6, 12, 47 (M. 49, 50) 182
2 § 9 . . . . . . 98, 102
2 § 11, 12 . 109, 177, 187
2 § 11 175
2 § 12 . . . 13, 98, 102
2 § 19 93
2 § 32 167
2 § 33 93
1, 3 de leg. 153
9 . . . . 103, 104
10 . . . . 154—156
11 . . . . 154—156
12 154
13 155
15 . . . . 154 N. 4
16 . . . . 154 N. 4
20 . . . . 154 N. 4
31 . . . . 154 N. 4
32 § 1 177
35 153
1, 4 de const. 155
1 pr. 109, 149, 150, 153, 159 N. 10, S. 175, 176, 177 u. N. 6.
1 pr. § 1 176, 177, 179 N. 8, S. 187—189
1 § 1 109
1 § 2 . . . . . . 137, 156
4 . . . 153 N. 2, S. 156
1, 16 de off. proc.
7 § 2 93
1, 21 de off. eius
1 . . . . . 27, 29 N. 26
1 pr. . . . . . . 111 N. 9
1, 22 de off. adsess.
2 . . . . 114 N. 17
2, 1 de iurisd.
1 33
2, 14 de pact.
7 § 7 . . . 111, 134—136
16 pr. 130
3, 1 de post.
1 § 8 111 N. 9, S. 134—136
3, 4 quod cuiusc. un.
1 pr. 111 N. 9, S. 142 N. 27, S. 143
3, 5 de n. g.
47 (M. 46) § 1 . 86 N. 63
4, 3 de dolo
1 § 4, 7 . . . . . . 3, 36

Seite

4, 4 de min.
16 pr. . . 87 N. 63, S. 88
4, 5 de cap. min.
7 pr. 99
4, 6 ex quib. caus.
1 § 1 . . . . . . 111 N. 9
2 pr. 87 N. 64, 111 N. 9, S. 134—136
4, 9 nautae
3 § 1 2
5, 1 de iud.
18 § 1 91
5, 3 de her. pet.
1 . . 65 N. 36, S. 68, S. 99, 111 N. 9, S. 116, 118
3 . . 65 N. 36, S. 68, S. 99, S. 111 N. 9, S. 116, 118
50 § 1 . . . . 92 N. 73
6, 1 de R. V.
43 91
6, 2 de Publ.
1 § 1 3
7 § 9 11
11 pr. 107, 108
12 § 4 . 111 u. N. 9, S. 112
7, 4 quib. mod. usfr.
1 pr. 5, 36
7, 9 usufr. quemadm. cav.
9 § 1 . . . . 5, 36
9, 3 de his qui eff.
5 . . . . 2, 35
10, 2 fam. erc.
2 pr. . . . 111 N. 9, 116, 117 u. N. 19, S. 127
24 § 1 11
11, 1 de interrog.
9 § 6 11
11, 6 si mensor
7 § 3 108
11, 7 de rel.
12 pr. . 86 N. 63, S. 129
14 § 2 . . . . 86 N. 63
12, 1 de R. C.
17 . . . . 90, 91
12, 6 de cond. ind.
2 § 1 130
3 130

Seite

4 130
5 130
59 . . . . 45 N. 1
13, 2 de cond. ex lege
1 132
13, 5 de pec. const.
1 § 6—8 . . . . 43, 44
1 § 8 . . . . . 6, 36
3 § 1, 2 . . . . 6, 36
14, 1 de exerc. a.
1 § 18 . . . . 92 N. 73
5 § 1 4
14, 6 de S. C. Mac.
15 162
18 . . . . 45 N. 1
15, 1 de pec.
41 46
16, 1 ad S. C. Vell.
2 pr. § 1 . . 172, 173 u. N. 27
10 11
17, 1 mand.
7 . . . . 86 N. 63
56 § 3 . . . . 86 N. 63
18, 4 de her. vend.
2 § 3 . . . . 79 N. 51
19, 1 de a. empti
52 § 2 . . . . 87 N. 63
20, 2 de pign.
5 pr. 7, 44, 47
20, 2 in quib. caus.
1 173
22, 5 de test.
14 8
23, 2 de r. n.
60 § 2 . . . . 31 N. 31
24, 1 de don. inter v. et ux.
3 § 1 . . . 140 N. 23
32 § 1 99
32 § 8 . . . . 27 N. 37
41 . . . . 128, 162
42 . . . . 128, 162
25, 4 de insp. ventre
1 pr. . . . . 141 N. 24
1 § 1 . . . . 91 N. 73
25, 5 si ventr.
1 § 2 . . . . . 83, 87

Seite
26, 1 de tut.
6 § 2 27, 28, 30, 111 N. 9
26, 5 de tut. et cur.
8 § 3 33
27, 1 de cur. fur.
1 pr. . . . . 33 u. N. 33
27, 3 de tut. a.
1 § 13 130
27, 4 de contr. tut.
1 pr. . . . . . . 41 N. 7
27, 5 de eo qui p. t.
1 pr. . . . . . . 41 N. 7
27, 6 quod falso tut.
1 § 5 7
28, 1 qui test. fac.
20 § 7 5
23 8
28, 3 de iniusto
6 § 6 . . . . . 118, 121
28, 5 de her. inst.
83 (M. 84) pr. . . 111 N. 9
92 (M. 93) . . . 92 N. 73
28, 6 de vulg. subst.
5 . . . . 56 N. 19
43 pr. . . . 125 N. 33
28, 7 de cond. inst.
14 . . . . 13, 178, 179
29, 1 de test. mil. . 124, 125
1 pr. . . 122, 139, 140, 141,
144, 145, 147, 149, 150, 170
2 . 107 N. 3, S. 122, 123, 146
11 pr. . . . 127 N. 37
11 § 2 . . . 126 N. 36
13 pr. § 1. 2 . . 123, 126 N. 36
15 124
15 pr. 123, 124
17 § 1 123
17 § 4 . . . 125 N. 33
18 pr. § 2 . . . . 123, 124
19 § 2 124
24 . . . . . 145 N. 31
25 146
27 123
29 pr. 123, 124
36 pr. 123
37 123
41 pr. § 5 123

Seite
41 § 5 . . . . . 123, 124
44 . . . . 145 N. 31
29, 2 de a. vel om. her.
52 pr. . . . . . 92 N. 73
29, 4 si quis omissa
2 . . . . 108, 139
25 139
29, 7 de iure cod.
1 . . . . 138 N. 19
30 de leg. I
28 pr. 2
32 de leg. III
1 § 4 140
22 § 1 . . . . 127 N. 37
33, 2 de usu per leg.
29 5
35, 1 de cond. et dem.
33 pr. . 68 N. 41, S. 178 N. 7
40 § 3 . . . . . 45 N. 1
60 § 1 . . . . . 56 N. 19
94 pr. § 1 . . 129 N. 40
35, 2 ad leg. Falc.
1 § 14 115
18 pr. . 126 N. 36, S. 128
32 pr. 2
36, 1 ad S. C. Treb.
6 § 1 11
40 (M. 41) pr. . . 4, 44
44 (M. 46) § 1 . . . 100
65 (M. 67) § 3 . . . 8
70 (M. 72) § 1 . . 79 N. 51,
S. 191 N. 21
36, 3 ut leg.
1 § 8 11
36, 4 ut in poss.
5 § 27 87
12 88
37, 1 de b. p.
3 § 3 124
12 § 1 111
37, 5 de leg. praest.
7 . . . . . . 112 N. 10
21 . . . . . . 112 N. 10
37, 9 de ventre
1 § 14 107
37, 10 de Carb. ed.
3 § 5 107

Seite

37, 11 de bon. p. sec. tab.
1 § 4 123
2 § 7, 8 . . 124 N. 30
8 § 3 . . . . 124 N. 30
37, 13 de b. p. ex test. mil. . 107 N. 3, S. 122
38, 7 unde leg.
2 120
2 § 4 . . . . 99, 117
3 . . . . 99, 117, 121 u. N. 24
38, 12 de vet. succ. . . . 121
1 . . . . 118, 119
2 . . . . 118, 119
38, 14 ut ex leg. 121
1 pr. 185
1 § 2 121
38, 16 de suis et leg.
11 . . . 65 N. 36 S. 99, 117 N. 20
38, 17 ad S. C. Tert.
1 § 8 . . . 65 N. 36, S. 99, 117
1 § 17 . . . . 111 N. 9
2 § 9 . . . . 162, 163
5 § 9 . . . . 111 N. 9
40, 5 de fid. lib.
2 . . . . . . 129 N. 40
12 § 2 . . . . 57 N. 19
26 § 8 162
40, 7 de statul.
20 § 3 . . . 129 N. 40
41, 4 pro emt.
2 § 19 11
12 24
42, 1 de re iud.
15 § 4 83
27 . . . . 111 N. 9
42, 2 de conf.
6 § 2 3
42, 5 de reb. auct.
24 § 1 173
43, 4 ne vis fiat
3 pr. 87
3 § 3 107
43, 8 ne quis in l. p.
2 pr. . 111 N. 9, S. 134—136

Seite

43, 18 de superf.
1 § 9 . . . . . . 5, 6
43, 26 de prec.
14 4
43, 32 de migr.
1 § 2 87
44, 7 de O. et A.
9 . . . . 90, 91
13 90
14 . . . . 45 N. 1
25 § 2 . . . . 3, 36, 41
42 § 1 . . 3, 6, 36, 37, 38
45, 1 de V. O.
1 § 2 . . . . . 45 N. 1
5 pr. 24
52 pr. 26
46, 1 de fideiuss.
8 § 3 . . . . . 45 N. 1
11 . . . . 2, 36
16 § 3 . . 45 N. 1, S. 49
16 § 4 . . . . 46 N. 3
21 § 2, 3 . . . 45 N. 1
21 § 3 47
46, 2 de nov.
1 § 1 . . . . . . 7, 44
46, 3 de sol.
14 § 1 . . . . 31 N. 31
46, 4 de accept.
13 § 11 11
46, 5 de stip. praet.
1 25
9 26
47, 1 de priv. del.
1 § 2 3
3 82
47, 2 de furt.
14 § 11 3
47, 5 furti adv. naut.
1 § 3 3
47, 11 de extrao. crim.
6 pr. . 138 N. 18, S. 143
6 § 1 162
47, 12 de sep viol.
3 § 5 148
47, 17, de fur. baln.
1 83
2 82

	Seite
47, 19 exp. her.	
3	83
47, 20 stell.	
3 § 2	84 N. 59
47, 22 de coll.	
1 pr.	141, 142 u. N. 28, S. 143
3 pr. § 1	138 N. 18, S. 143 u. N. 29
48, 1 de iud. publ.	
8	84
48, 3 de cust.	
6 § 1	138 N. 17
48, 10 de lege Corn.	
7	5, 71, 74, 78, 79
15 pr.	162
48, 13 ad leg. Jul. pec.	
9 § 5	105
48, 16 ad S. C. Turp.	
3	84 N. 59
48, 19 de poen.	
35	141, 142, 143
49, 1 de appell.	
19	111 N. 9
49, 14 de iure fisci	
14	57 N. 19
18 § 9	114 N. 17
18 § 10	72 N. 45
19	72 N. 45
20	72 N. 45
21	72 N. 45
49, 17 de castr. pec.	125
1	126 N. 36
2	126 N. 36
9	126
14 § 1	126
17 pr.	8, 126, 127
19 § 3	68 N. 41
19 § 5	126, 127
50, 4 de mun. et hon.	
1 § 4	11
50, 13 de var. et extrao. c.	
1 § 2. 7	87 N. 63
50, 15 de cens.	
5 § 1	129 N. 43
50, 16 de V. S.	
10	3, 6, 44, 71, 74, 75, 76, 77, 85, 186 N. 15
34	79 N. 51
49	79 N. 51
70	11
178 § 2, 3	71, 74, 75, 76, 77
178 § 3	3, 6
50. 17 de R. J.	
27	2

Codex.

	Seite
1, 14 de leg.	
1	155 N. 5
12	113
12 pr. § 1	156—159, 182
12 § 1	110
12 § 2	112
12 § 5	112
1, 17 de vet. iure	
1 § 7	110
2 § 18	155
1, 19 de prec. imp.	
7	160 N. 11
1, 22 si contra ius	
6	160 N. 11
2, 3 de pact.	
5	6
26	11
2, 53 (Kr. 2, 52) de temp.	
5 § 3	9
3, 31 de pet. her.	
9	8
3, 42 ad exhib.	
8 § 1	8
4, 62 vect. nov.	
1	91 N. 73
5, 5 de inc. nupt.	
4 pr.	138 N. 18
6, 21 de test. mil.	125 N. 32
2	124
5	124
6, 23 de test.	
3	110
6, 25 de inst.	
2	91 N. 73
6, 28 de lib. praet.	
4 pr.	10

	Seite
6, 30 de iure del.	
14	8
6, 51 de cad. toll.	
1 § 14	57 N. 19
6, 59 com. de succ.	
3	8
10	9
7, 37 de quadr. praescr.	
2 pr.	4, 37
7, 73 de priv. fisci	
5	71, 73, 89

	Seite
8, 1 de int.	
3	87 N. 63
8, 10 de aed. priv.	
4	91 N. 73
8, 22 de praet. pign.	
1, 2 pr. § 1 . . .	24 N. 18
8, 41 (Kr. 40)	
14 § 2.	91 N. 73
Novellae.	
134	155 N. 5

III. Nachjustinianische Quellen.

Paraphrasis graeca inst.

I. 21, 3	27 N. 25
III. 12, pr.	84, 94

Basilika.

II. 2, 10	72
IX. 9, 5	72 N. 45
Schol. Doroth. ad LX. 61, 7	79

Isidorus Hispal.

Origin. V. 24, 5 u. 6.	10 N. 2

Nachträge und Berichtigungen.

S. 2 Z. 10 lies: *omnia.*

S. 12 N. 1 am Schlusse jetzt noch beizufügen: Degenkolb Rechtseinheit und Rechtsnationalität im altrömischen Reiche (Festrede).

S. 63 Z. 14 lies: beispielsweise.

S. 67 Z. 19 lies: von vornherein.

S. 72 Z. 29 lies: *civili.*

S. 92 N. 73 Z. 7 lies: 28, 5 st. 29, 2.

S. 110 Z. 16 lies: 29—32 st. 29—42.

S. 121 Z. 8 lies: 38, 7 st. 28, 7.

In meiner Schrift: Edict und Klageform (Jena 1882) S. 128 N. 28 Z. 7 ist vor »l. 38 pr. D. pec.« einzufügen: l. 30 pr. D. pec.

